

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LE "VADIMONIUM"

~~~~~  
ESSAI

SUR LA

GARANTIE DE COMPARUTION JUDICIAIRE

EN DROIT ROMAIN

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le lundi 17 décembre 1900, à 2 h. 1/2*

PAR

RAOUL JACQUEMIER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL  
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

---

*Président : M. P.-F. GIRARD.*

*Suffragants :* { MM. GÉRARDIN, }  
                  { AÜDIBERT, } *professeurs.*

---

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—  
1900







**THÈSE**  
**POUR LE DOCTORAT**

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

04024  
JUL 1902  
1890

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

---

# LE “VADIMONIUM”

---

ESSAI

SUR LA

GARANTIE DE COMPARUTION JUDICIAIRE

EN DROIT ROMAIN

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

---

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

*Sera soutenu le lundi 17 décembre 1900, à 2 h. 1/2*

PAR

RAOUL JACQUEMIER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

---

*Président : M. P.-F. GIRARD.*

*Suffragants : { MM. GÉRARDIN, } professeurs.  
                  { AUDIBERT, }*

---

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

---

1900





Digitized by the Internet Archive  
in 2026

## PRÉLIMINAIRES

Peu d'auteurs ont écrit sur le *vadimonium* ; ce fait tient-il au caractère particulier du sujet, à la fois ample et étroit : ample par les applications multiples qu'a reçues cette institution dans la législation romaine ; étroit par l'objet très spécial qu'elle tendait à réaliser ?

La rareté des sources et leur mauvaise qualité première pourraient peut-être expliquer aussi cette abstention.

Les romanistes qui ont écrit sur la matière ont suivi des méthodes diverses.

Les anciens auteurs, notamment Cujas, Doneau, se conformant à un plan exégétique, n'ont traité du *vadimonium* que les points dont ils avaient à s'occuper au cours de leurs commentaires sur les titres du Digeste : c'était relativement aux hypothèses révélées par les fragments des Pandectes que ces anciens commentateurs donnaient sur le *vadimonium* les éclaircissements nécessaires.

D'autres auteurs ont essayé une construction dogmatique du sujet. Ils ont conçu *a priori* une thèse, que tous leurs développements tendaient à faire valoir et à justifier. Il en est résulté que le point de vue scientifique

a été négligé pour une argumentation personnelle et intéressée.

Zenger (1) est préoccupé de faire triompher l'idée d'un double *vadimonium*, *legitimum* et *honorarium* et cela, à l'encontre de Voorda (2) qui ne reconnaît qu'une forme de *vadimonium*.

Moritz Voigt (3), tout en reconnaissant l'influence de l'évolution historique, conçoit cependant un type d'évolution trop symétrique, trop conforme à un plan idéal : le *vadimonium* aurait été, d'après lui, la forme primitive de tout cautionnement civil ou judiciaire. Le progrès aurait consisté en une différenciation, une dissociation de l'institution primitive aboutissant à un nouveau *vadimonium* dont la forme eût été une *stipulatio* moderne et l'objet, la comparution du défendeur en justice.

Est-il si nécessaire d'imaginer un système original et de tout plier à sa démonstration ?

Une méthode plus sévère, expérimentale en quelque sorte, s'impose ici :

Essayer de recueillir le plus grand nombre d'observations en ce qui touche les applications pratiques du *vadimonium* aux diverses époques du droit romain ; s'efforcer de caractériser nettement les cas où il a fonc-

(1) *Ueber das vadimonium der Ræmer*. Landshut, 1826.

(2) *De vadimonio*. Traj. ad Rhen., 1751.

(3) *Ueber das vadimonium*. Leipzig, 1881.

tionné, telle est bien, semble-t-il, l'opération préliminaire à toute discussion théorique.

Dès l'instant que ce dépouillement aura fourni le plus de résultats possible, il semble opportun, non pas de construire un système abstrait, susceptible de fonctionner à vide, mais de dégager, de la masse des renseignements recueillis, assez de caractères et de traits communs pour dire ce qu'était la structure du lien juridique, assez de solutions analogues ou identiques pour dire ce qu'ont été ses effets.

Si cette réserve, cette prudence, pourrait-on dire, dans la méthode n'est pas nécessaire dans certaines questions spéciales, pour certaines institutions dont il importe avant tout de saisir le mécanisme, elle est à peu près commandée en ce qui concerne le *vadimonium*, dans lequel les applications pratiques, l'histoire externe sont presque tout, le fonctionnement intime, presque rien.

De quoi s'agit-il en effet? Au point de vue strictement juridique, d'une simple caution garantissant la présence d'un défendeur en justice, de la promesse que l'œuvre de la justice ne sera pas interrompue par une absence sans motif.

En disant qu'il s'agit d'une *cautio*, d'une promesse de faire comparaître quelqu'un ou de comparaître soi-même en justice, nous sommes déjà bien près d'être complètement renseignés sur la nature même du *vadimonium*.

Mais à quel moment s'est développé ce genre de garantie ; — dans quel but particulier ; — pour quelles hypothèses déterminées a-t-il commencé à fonctionner ?

Dans quel milieu a-t-il fait ses premières apparitions, et comment s'est-il répandu par la suite ; — suivant quelles règles s'est-il étendu d'une hypothèse à une autre ; — par quelles étapes successives de transformation a-t-il passé ?

Ce sont autant de questions qui appellent l'observation des faits, du plus grand nombre de faits possible, plutôt que la construction d'une théorie d'ensemble ; autant de questions qui supposent l'existence de documents reconnus exacts et authentiques, de textes juridiques vérifiés aux meilleures sources.

Le moment est-il venu de tenter, à ce point de vue spécial, une étude du *vadimonium* ? nous le croirions assez.

En effet l'activité profitable de la critique scientifique a accru considérablement le fonds des documents authentiques et des textes à jour, et a permis de rattacher à leur point initial, à l'objet pour lequel ils étaient primitivement faits, bien des textes que l'œuvre de Justinien avait déformés et fait dévier de leur véritable portée.

La recherche des cas d'application généraux ou spéciaux, l'étude des conditions et effets peuvent s'exercer sur une matière déjà très riche.

Rappelons les principaux travaux qui ont contribué

à purifier les sources et à multiplier les renseignements :

La nouvelle lecture donnée par Studemund du manuscrit de Vérone (1) et les travaux critiques qui ont paru sur la loi Rubria et le fragment d'Este (2).

La recherche méthodique des interpolations tend, de manière incessante, à purifier les textes du Digeste et à ne plus mettre au compte des juriconsultes classiques les théories juridiques du Bas-Empire (3).

L'œuvre de M. Lenel (4) se combine avec la précédente. La reconstitution de l'édit perpétuel et la *Palinogenesia juris civilis* s'efforcent de montrer dans leur ordre naturel les fragments des commentaires, corrigés par la méthode critique.

La restitution des plaidoyers de Cicéron dans le cercle de leur actualité judiciaire a rendu la vie à bien des faits, bien des incidents capables de jeter la lumière sur le fonctionnement pratique d'institutions de procédure (5).

(1) Voy. Girard, *Textes de Droit Romain*, 2<sup>e</sup> éd., 1895 ; et les *Gai Institutiones ad Veronensis codicis apographum* (P. Krueger et Studemund), 4<sup>e</sup> éd., Berlin, 1900.

(2) Voy. les notices bibliographiques qui précèdent ces textes dans Girard, *Textes* ; voy. aussi Schrutka, *Wiener Sitzungsberichte*, tome 106, 1884, pp. 463-476.

(3) Voy. notam. Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten*. Berlin, 1887 ; Appleton, *Des interpolations dans les Pandectes*. Lyon, 1894.

(4) Voy. *Beiträge zur Kunde des Edicts Zeitsch. Sav. St.*, 2, 1881 ; *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1883 ; *Nachträge zum Edictum perpetuum*, *Zeitschr. Sav. St.*, 20, 1899 ; *Palinogenesia juris civilis*. Leipzig, 1888-1889.

(5) Voy. notam. Hartmann, *Contumacialverfahren*, Göttingen,

La découverte des papyrus grecs de Berlin et les études (1) qu'ils ont provoquées ont fixé bien des points inconnus ou douteux jusqu'à leur apparition.

A l'aide de ces différentes ressources, nous essaierons de faire revivre les physionomies diverses du *vadimonium* ; de faire voir aussi, autant que possible, où il est, où il n'est pas, où il est peut-être ; sous quelles formes et de quelles conséquences il a été.

1851 ; Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprocess*, Bonn, 1864 ; Kipp, *Die Litisdenuntiation*, Leipzig, 1887.

(1) Voy. *Aegyptische Urkunden aus den Königlichen Museen zu Berlin*, Berlin, 1892-1899 ; et notamment Mitteis, dans *Corpus papyrorum Raineri*, Vienne, 1893 et dans *Hermes*, t. 30, 33 et 34, Berlin, 1895-1899 ; Gradenwitz, *Einführung in die Papyruskunde*, Leipzig, 1900. Les matériaux que la science moderne a patiemment élaborés ont été dans une certaine mesure utilisés par les romanistes contemporains, qui en ont fait leur profit pour les ouvrages d'ensemble qu'ils ont publiés sur la procédure civile. Mais le plan général de la plupart de ces ouvrages interdisait un examen approfondi de la question du *vadimonium* : ils signalent seulement les principales controverses. Les auteurs qui, à des titres divers, ont traité du *vadimonium* seront cités au cours de notre étude ; mais ceux d'entre eux qui ont le plus contribué à la mise en œuvre des documents modernes relatifs au *vadimonium* doivent être cités tout d'abord, ce sont : MM. Karlowa, Lenel et Wlassak.

## PREMIÈRE PARTIE

### INTRODUCTION ET DÉFINITIONS GÉNÉRALES

---

Dès qu'une procédure est sur le point de s'engager, une première question se pose, celle de savoir comment et par quels actes elle commencera.

Le premier événement qui se présente tout naturellement est la citation des parties devant le tribunal. Dans le système admis par les législations modernes, cette citation est faite par le tribunal lui-même, ou mieux par des agents qui tirent leurs pouvoirs du tribunal, parce que le droit de juridiction émane du pouvoir central, qui détient la souveraineté.

Cet état de choses suppose que l'État est suffisamment concentré, suffisamment maître de ses fonctions naturelles pour répandre son énergie directrice dans les différentes branches où son activité doit s'exercer. Mais quand un État en est arrivé là, d'avoir pris conscience de son rôle, il a dépouillé la forme primitive et atteint la période de civilisation avancée. Toute une série de phases ont précédé pendant lesquelles l'organisation politique, faible et peu sûre d'elle-même, était dans la nécessité de laisser aux individus le soin de pourvoir à

la défense de leurs intérêts et au respect de leurs droits. Rome a connu cette période ainsi que la plupart des groupements germaniques, indous et slaves.

Sous le rapport des choses qui nous touchent ici, le droit et les façons de le faire triompher, toutes les civilisations primitives ont laissé à chacun son initiative propre.

La loi des XII Tables permet au demandeur de citer son adversaire devant le tribunal ; si celui-ci résiste, le demandeur a le droit de « mettre la main sur lui » en ayant soin de prendre des témoins, et de le traîner de force en présence du juge : *si in jus vocat, ito ; ni it, antestamino ; igitur em capito. Si calvitur pedemve struit, manum endo jacio* (1).

Dans la procédure russe, la citation du défendeur est faite sans aucune participation du pouvoir et par le demandeur en personne. Si le défendeur ne répondait pas à l'invitation, le demandeur en présence du public le traînait de force devant le tribunal.

Le même rôle incombait au demandeur dans les lois germaniques. Il se présentait chez son adversaire, accompagné de témoins et le requérait d'avoir à comparaître devant le juge (2). Celui-ci venait au secours du demandeur et lui prêtait en quelque sorte main-forte

(1) Loi des XII Tables, *Tabula* 1, 1, 2.

(2) Droit des Francs-Saliens : Sohm, *Process der Lex Salica*, p. 131 ; Thonissen, *L'organisation judiciaire de la loi salique*, pp. 401 et ss.

quand le défendeur par son inertie s'opposait au cours de la justice (1).

Dans un semblable système, que l'on peut, à quelques variantes près, retrouver dans toutes les civilisations appartenant à une même phase de développement, un trait commun apparaît tout d'abord, c'est que le demandeur a le droit de recourir à la force physique.

Mais le règne de la violence ne peut jamais être de longue durée, du moins d'une façon uniforme ; aussi voit-on de bonne heure les parties essayer de s'entendre entre elles pour arriver à présenter leurs différends devant le juge ; ce n'était que faute d'entente alors, faute d'une convention particulière, que l'acte de violence avait le dernier mot. Ici, comme dans de nombreuses circonstances, l'acte des particuliers traçait la voie au pouvoir central. A nous en tenir à la civilisation romaine, le progrès consista à transformer l'acte de violence, seul recours primitif du demandeur, en des moyens plus doux et plus perfectionnés (2).

Le caractère, en quelque sorte contractuel, que prit la procédure romaine, subsista pendant très longtemps, modifié, transformé, corrigé par l'intervention préto-

(1) Droit des Francs-Ripulaires : le défendeur devait être sommé sept fois de comparaître, et si la septième fois échouait, le tribunal se rendait à sa demeure en la personne du comte et de ses rachimbours, sept arbitres.

(2) Actions pénales prétorienne : *adversus eum qui in jus vocatus neque venerit neque vindicem dederit*. Gaius, 4, 16.

rienne ; la trace en resta visible jusqu'au Bas-Empire qui, définitivement, le fit disparaître (1).

Mais tant que ce caractère fut prédominant, il donna à chacun des actes de la procédure une physionomie particulière bien différente de celle qui est propre aux actes modernes, il en fit naître même quelques-uns que nos législations actuelles ne connaissent plus : c'est à ceux-là qu'appartient le *vadimonium*.

Si le procès est laissé, dans son développement, aux mains des parties, il est nécessaire que celles-ci prennent leurs dispositions pour comparaître ensemble le même jour devant le magistrat, qui écoutera leurs débats. Il apparaît comme naïf à force d'être élémentaire, de dire que, pour discuter ensemble une question, une difficulté, un procès, il faut fixer un moment, un jour, une date pour cet objet : et cela, autant de fois qu'il sera nécessaire pour aboutir à une solution définitive : c'est précisément l'objet, au sens large, du *vadimonium* romain.

Un pareil souci est épargné aux plaideurs modernes qui sont censés, en vertu d'une conception théorique de contrat social, s'en être remis au pouvoir judiciaire, de ce qu'ils faisaient eux-mêmes primitivement, chacun dans son intérêt propre, des précautions à prendre et des moyens à employer pour assurer la marche et l'issue rapide des procès.

(1) L'année 294 semble marquer l'achèvement complet de l'évolution à la suite de laquelle la procédure extraordinaire fut universellement appliquée. Voy. Girard, *Manuel*, p. 1035.

En essayant donc d'étudier le *vadimonium* romain nous avons le sentiment qu'aucun point de repère, aucune base ne nous sont offerts dans les institutions modernes, que toute l'utilité qu'il est susceptible de procurer dans son fonctionnement pratique devra être décrite et expliquée d'après les sources anciennes, juridiques ou littéraires, authentiques ou interpolées, sans comparaison avec les phénomènes actuels de la vie juridique.

Nous croyons dès lors qu'il importe de se montrer très prudent au sujet des généralisations, et d'éviter de risquer un système général, quand les textes ne nous en donnent pas le moyen et ne nous fournissent au contraire que des solutions d'espèces sans grande concordance entre elles.

Trois mots se présentent tout d'abord dans les sources dont il convient d'essayer de fixer le sens parce qu'ils sont la base des développements ultérieurs, étant en quelque sorte la définition du sujet, et parce que ensuite ils n'offrent pas une signification très usuelle ni même très claire : ce sont les mots *vadari*, *vadimonium* et *vas*.

#### *Vas.*

— Pour arriver à définir le *vas* en théorie, il faut pour un moment faire abstraction des conditions et des formes dans lesquelles il fut constitué et qui ont dû influencer sur sa nature. Celles-ci ont changé dans le cours des temps. Considéré en lui-même et dans l'office qu'il rem-

plit, on peut dire que le *vas* était une caution, le garant d'un fait spécial et déterminé : la comparution d'une personne en justice. En ce qui concerne ce dernier point, il est permis d'avancer que tel a toujours été l'objet et l'utilité de ce personnage juridique.

A la différence des *prædes* dont l'engagement portait sur une prestation de nature fort variable, les *vades*, dans le développement de leur rôle, n'ont reçu que cette destination, de garantir à un créancier, à un propriétaire, la présence de son adversaire devant le tribunal compétent. Celui qui assumait cette responsabilité était un garant, une caution.

Son sort a été lié à l'histoire du cautionnement à Rome ; mais à quelle époque prend-il place dans cette histoire ? Tout porte à croire que le *vas* remonte à une très haute antiquité.

Nous ne voulons pas insister, sur les considérations sociologiques qui peuvent révéler cette origine ancienne et que certains auteurs ont mises en lumière (1).

(1) Pour M. Jobbé-Duval, *Etudes sur l'histoire de la procédure civile*, les *vades* représentaient le groupe social auquel appartenait le plaideur ; par leur intervention ce groupe se déclarait solidaire de la conduite de celui de ses membres qui était engagé dans un procès. Comme on fait souvent en matière de recherche des origines, on s'est éclairé des données du droit international qui, sur bien des points, représente encore, pour les relations des pays entre eux, un état social qu'ont connu et pratiqué les uns vis-à-vis des autres les membres des sociétés primitives : on a comparé les *vades* ainsi que les *prædes* à des otages dont la remise servait à rendre probable l'arrivée d'un certain événement. Voy. Ihering, *Geist.*, III, *Vorrede*, p. 15 ; au cas où la satisfaction attendue n'était pas fournie, les *vades*

Mais déjà la parenté probable au point de vue étymologique des deux mots *præs* et *vas*, *præs* dérivant de *vas*, *prævas* (1), *præes*, *præs*, est un argument en ce sens. Ensuite le *vas* est certainement antérieur au *sponsor*, qui s'engage en termes solennels, vis-à-vis du créancier, dans la forme d'une réponse à une question posée.

L'engagement du *vas*, dont on ne connaît pas la forme précise, ne se présente pas comme une réponse à la demande d'un créancier, d'un demandeur. Il résulte d'une déclaration faite spontanément : *vas sum*.

Sous le bénéfice de ces simples traits, il est impossible de ne pas faire remonter l'existence du *vas* à cette époque reculée, où la distinction des débiteurs principaux et accessoires était encore étrangère aux conceptions juridiques. Le *vas* devait comme la caution primitive assumer à lui seul l'obligation principale qui se déplaçait de la tête du défendeur sur la sienne.

S'il est fort probable que le *vas* fut une caution d'un mode ancien, il convient de rechercher par quels actes répétés, par quels signes ajoutés les uns aux autres, il a acquis sa physionomie propre, et nous pourrons, à ce sujet, aboutir à quelques indices précis en remontant à l'origine du mot *vas* lui-même.

et les *prædes*, comme les otages, étaient traités rigoureusement. Mais cette seule menace suffisait, comme le dit M. Jobbé-Duval, *Études*, l. c., pour les préserver du sort qui les attend : leurs compatriotes, les membres de leur parti, leurs parents ou leurs amis hésiteront sans doute à tromper l'attente de ceux qui tiennent les otages en leur pouvoir. Voy. sur ces points Jobbé-Duval, *op. cit.*, et les références originales qu'il contient.

(1) Cf. Vanicek, *Lat. Etymologisches Wörterbuch*, 2, p. 878.

Un système assez plausible relie la filiation de ce mot aux racines les plus profondes des langues indo-européennes. *Vas* découlerait de l'antique racine *vad* qui paraît être le terme aryen générique pour désigner l'idée de gage. Ce serait la même racine qui aurait donné, en même temps que *vas* en latin, *vad* en suédois, *wetti* en vieux haut allemand, *ved* en anglo-saxon et la forme *radium* en latin du moyen âge.

Cette genèse donne bien l'origine probable de notre mot français gage, mais sans aller jusqu'à dire que les premières racines de cette filiation soient en complète divergence de sens et de tendance avec la signification du mot *vas*, nous jugeons qu'il est préférable de le rapprocher du mot grec βᾶω (*vado*, *vador*) qui exprime l'action de celui qui *it, incedit et ambulat* (1). Il semble bien que ce soit là le fait de celui qui se déplace, se rend à l'endroit où il exécutera un service qu'on attend de lui et auquel il s'est engagé, où il procurera une sûreté promise d'avance.

Peut-on faire dériver *vas* de *vadendo* comme l'enseignent les grammairiens Acro et Porphyrius? Un ancien auteur, Saumaise (2), a sans doute donné la vraie mesure en admettant l'affirmative jusqu'à un certain point. On ne saurait aller jusqu'à dire, comme Acro : *Vades ideo appellatos, quod qui eos dederit, vadendi habet potestatem*, et comme Porphyrius : *Vades autem sponsores dici*

(1) V. Meisterus, *Vindex et Vas*, p. 290.

(2) *De modo usurarum*, p. 692.

*notum est quod ei qui eos dederit, vadere, id est discedere interim liceat. Vadere* ne doit pas être pris pour indiquer la liberté d'aller et de circuler où il lui plaît, de celui dont le *vas* assume l'obligation (pourrait-on voir là un indice de la substitution du *vas* dans la responsabilité totale du défendeur ? — indice bien vague ; remarque de grammairiens), mais pour exprimer l'acte du *vas* qui se rend en justice quand il y est appelé. Il est le principal obligé, celui qui est tenu de comparaître au jour dit, de *vadere* là où il est convoqué : *Vas appellatus qui pro altero vadimonium promittebat* (1).

#### *Vadimonium.*

— Ce substantif qui caractérise un acte du *vas* a reçu plusieurs significations et son sens a été diversement étendu.

Au point de vue de l'objet qui lui est propre, on peut le représenter d'abord comme étant une promesse, la promesse faite de comparaître, à un jour dit, devant le tribunal, par un *vas* ou par le défendeur qui est à soi-même son propre *vas*. Que cette promesse pût émaner d'une tierce personne, le *vas*, le répondant ou du défendeur lui-même, cela manifeste un développement historique de l'institution, mais ne révèle aucune modifi-

(1) Saumaise, *De modo usurarum*, l. c., fait remarquer que, de la façon dont le mot désigne celui qui *it, ambulat, incedit*, on comprend mieux pourquoi le *vas* peut être à la fois celui qui, appelé pour un autre, se rend en justice au jour dit et celui qui s'engage comme un *vas*, à se rendre en justice, quand il y sera appelé.

cation intrinsèque dans la nature des choses, et nous n'avons pas à nous préoccuper du reste pour le moment.

Ce sens général de promesse attribué au *vadimonium* se rencontre dans un grand nombre de documents. C'est avec cette signification qu'il est pris dans *vadimonium imponere* (1), *vadimonium facere, constituere, differre* (2), *deserere* (3), *vadimonium praestare* (4). Ce *vadimonium* consistant dans une promesse de comparaître, est-il nécessairement accompli ou garanti par un *vas* ?

Il semble que ce soit une chose qui aille de soi. Comment serait-il possible que, dans un *vadimonium*, on pût employer d'autres moyens de garantie que des *vades* ?

On l'a cependant soutenu avec grande vraisemblance. Cette opinion que développa Muther (5) et qui fait ressortir l'idée de promesse du *vadimonium*, dégagée de toute autre considération, s'appuie sur ce fait que, dans le *vadimonium* judiciaire même, ce ne sont pas toujours des cautions (6) qui interviennent. Il n'est pas exact de soutenir qu'on a nommé *vadimonium* toute promesse de comparaître *in jure* garantie par un *vas*, par une caution, et Muther fait alors cette considération que s'il est

(1) Cornélius Nepos, *Timoleon*.

(2) Juvénal, 3, 113.

(3) Cicéron, *Pro Quinct.*, 14, 48. 16, 51. 18, 56, 57. 23, 75. 28, 86. *In. Cat.*, 2, 3, 5. Tite-Live, 39, 41, 6. Sénèque, *De Benef.*, 4, 39, 4. Pline, *H. N.*, *Præf.*, 24.

(4) En ce sens Cicéron, *Vita Attici*, explique que jamais Fulvia ne contracta de *vadimonium* sans l'assistance d'Atticus, à titre de *vas*, c'est-à-dire qu'elle ne promit jamais d'être présente sans lui.

(5) V. Muther, *Sequestration und Arrest*, p. 109 et ss.

(6) Gaius, 4, 185.

certain que l'expression *cautio judicio sisti* qu'on rencontre dans la Compilation de Justinien est le résultat d'une interpolation, il n'est pas du tout prouvé que ce soit uniquement pour remplacer un *vadimonium* avec *vades* ou un *vadimonium cum satisfatione*. Le mot *vadimonium* était une expression connue et familière aux Romains pour désigner le type de la promesse de comparaître en justice, qu'elle résulte d'une *stipulatio cum satisfatione* ou d'un *nudum pactum* garanti par une *pignoris datio*.

*Vadimonium* est pris aussi dans les textes avec le sens de *praesentia*, pour désigner la comparution elle-même (1). Ainsi en est-il pour *vadimonium promittere* qui ne peut pas vouloir dire *promissionem promittere* ; pour *vadimonium sistere* (2) *in vadimonia exspectare* (3). L'expression *vadimonium promittere* ne se dit pas seulement du défendeur, mais aussi du *procurator* et des cautions de celui-ci (4).

(1) *Præsentia imprimis videtur esse vadimonium, quando conjunctum est, cum voce promittere, absonum enim esset, promittere vadimonium quod notat promissionem, ac idem, quod promittere promissionem. Quando igitur Scipio apud A. Gellium vadimonium in arcem obsessam promitti jubet, sine dubio per hoc præsentiam vult intelligi exhibendam : qui locus Gelli mirifice illustratur eo apud Ciceronem ubi : ita disceditur, ut Idibus Septembribus Quinctium sisti Alphenus promitteret. Venit Romam Quinctius vadimonium (id est præsentiam) sistit. Meisterus, Vinde et Vas, p. 290 et ss.*

(2) Aulu-Gelle, *N. Att.*, 2, 14, soutient avec raison l'acception *vadimonium sistere* contre celle de *vadimonium stare*.

(3) Pline, *H. N.*, 18, 62.

(4) Cicéron, *Pro Quinct.*, 6, 8, 9 ; *In Verr.*, 2, 3, c. 13, et Acro, *Ad Horat. Serm.*, 1, 1, v. 11.

Signalons également certains fragments d'auteurs où le mot *vadimonium* est pris pour la date, le jour en vue duquel il est constitué. Par exemple : *cum cæteris quæ habebat, vadimonia differt, ut expeditus in Galliam proficisci posset* (1), est d'un sens tout différent du premier que nous avons noté.

Dans d'autres passages, il est pris pour désigner la formule, non parvenue jusqu'à nous, qui était nécessaire à sa formation : *vadimonium concipere* (2).

Maintenant au point de vue des sujets du rapport de droit que suppose le *vadimonium*, il y a lieu de classer aussi les différentes expressions qui ont trait à notre matière. Pour la commodité des explications, nous ne distinguons pas ici entre celui qui contracte un *vadimonium* pour garantir la comparution d'un autre, à titre de *vas*, et celui qui promet sa comparution par *vadimonium*, se faisant son propre *vas*. Deux termes donc à ce rapport d'obligation, le demandeur qui sollicite et obtiendra l'engagement et celui qui sera engagé.

Si nous envisageons d'abord ce dernier, nous sommes frappés du grand nombre et de la diversité des locutions qui y ont trait : c'est sans doute qu'il a été d'usage plus courant de voir dans le *vadimonium* la charge, l'obligation qu'il imposait, l'acte passif qu'il caractérisait que la faculté, le droit qu'il conférait à celui qui devait en bénéficier.

(1) Cicéron, *Pro Quinct.*, 6 ; *Ad Att.*, 2, 7.

(2) Cicéron, *Ad Q. f.*, 2, 15, 3.

La caution qui s'engage comme *vas* est plus particulièrement désignée dans l'expression *vadimonium alterius obire* : ainsi on lit dans Paul Diacre, 147, 12 : *vadimonium obisse*, qui peut se décomposer en *ad vadimonium isse* ; dans Pline, *Ep.*, 8, 12, 3 : *obeunti vadimonia mea* (1). La même idée se répète dans *vadimonium adesse*.

Toute une série de formules se rencontrent dans les textes, qui concernent aussi l'engagement contracté par *vadimonium*, mais se rapportent particulièrement à sa forme la plus récente, celle de la stipulation prétoirienne avec adjonction de fidéjusseurs (tenant lieu de *vades*). Cependant le caractère dominant n'en reste pas moins le même : s'il s'agit du défendeur au moment où se forme le contrat, c'est *vadimonium facere, dicere, promittere* (2) ; s'il s'agit de l'exécution de l'obligation, quand le terme est arrivé, c'est *ad vadimonium venire* (3), *ad vadimonia currere* (4), *vadimonia occurrere* (5), *vadimonium sistere* (6) ; enfin une locution exprime l'oubli, la négligence du *vadimonium*, quand celui qui en

(1) Cicéron, *Pro Quinct.*, 16, 53 ; 17, 54 ; *Pro Roscio comædo*, 13, 38.

(2) Cicéron, *Pro Quinct.*, 6, 23 ; 18, 57 ; *Pro Tullio*, 20 ; *In Verr.*, 3, 15, 38 ; 34, 78 ; 40, 92 ; Aulu-Gelle, 6, 1, 9.

(3) Cicéron, *Pro Quinct.*, 5, 22 ; 15, 48 ; 16, 52, 53 ; 21, 67.

(4) Propertius, 5, 2, 59.

(5) Suétone, *Caligula*, 39.

(6) Aulu-Gelle, 2, 41, 1 ; Cicéron, *Pro Quinct.*, 8, 29. Cf. *Corpus glossariorum latinorum*, vol. 4 ; *Glossæ codicis vaticani*, p. 188 ; *Glossæ codicis sangallensis*, pp. 294 et 399.

était tenu n'a pas pu ou n'a pas voulu exécuter son engagement (1).

Passant maintenant au demandeur, à celui au profit duquel va naître le droit résultant du *vadimonium*, nous devons constater la pénurie presque complète de textes où se rencontre le mot qui nous occupe. Le fait de réclamer cet engagement, le fait d'en poursuivre l'exécution sont désignés par d'autres expressions où entre le mot *vas*, examiné précédemment : *vadem poscere* (2), *vadem accipere* (3), et le mot *vadari*, dont nous nous proposons maintenant de discerner le sens (4).

### *Vadari.*

— Ce mot a été rangé par les anciens grammairiens parmi les *verba communia*, parce qu'il était susceptible

(1) Cicéron, *Pro Quinct.*, 14, 48 ; 16, 51 ; 18, 56, 57 ; 23, 75 ; 28, 86 ; *In Cat.*, 2, 3, 5 ; Tite-Live, 39, 41, 6 ; Sénèque, *De Ben.*, 4, 39, 4 ; Pline, *H. N.*, *Præf.*, 24.

(2) Varr., *De Ling. Lat.*, 6, 7, 74 ; Cicér., *De Rep.*, 2, 36, 61.

(3) Cicér., *Ad Brut.*, 1, 18, 3 ; *Tusc.*, 5, 22, 63.

(4) Il n'est pas indiqué de hausser jusqu'à un sens propre de l'expression *vadimonium*, la façon dont elle est entendue dans certains textes juridiques et chez quelques auteurs littéraires : *vadimonium*, synonyme de *judicium* au sens large, pris pour l'action elle-même, pour la question litigieuse portée devant le tribunal. Ce serait dans cette acception large qu'il faudrait l'entendre, d'après Huschke, *Das alte römische Jahr.*, p. 313 et ss., dans l'expression *vadimonium dicere*, du passage de Macrobe : *quibusdam vadimonium dicere licet* ; *vadimonium dicere* serait employé dans le sens de *causam discere* (Cicéron). On le retrouverait également dans Augustin, *De Civ. Dei*, 6, 16 : *sunt qui ad vadimonia sua deos advocant ; sunt qui libellos offerant et illos causam suam doceant*. — Voy. *infra* le *vadimonium* après la *litis contestatio*.

de recevoir les deux significations, active et passive (1).

Dans la première, il répond au sens de : se faire constituer un *vadimonium* par un défendeur, idée que nous ne trouvons pas rendue à l'aide d'une expression où entrerait le mot *vadimonium*. Ici c'est le droit d'obtenir une garantie de comparution qui s'exerce activement aux mains du demandeur avec des nuances cependant dans la manière de la réclamer.

Il faut en effet distinguer entre les expressions qui reflètent la volonté et le droit de sommer quelqu'un de constituer un *vas* : « *Vadatur hic me. Utinam vades desint...* » (2) ; « *Sibi liceret milvium vadari* » (3) ; et les expressions où se manifeste seulement l'intention d'inviter quelqu'un, de prier le défendeur de constituer un *vas* : *Se jam neque vadari amplius neque vadimonium promittere* (4). *Hic quum rem gallicanam cupet revisere hominem in præsentia non vadatur* (5). — (Apronius) *quum ex Leontino usque ad Lilybæum aliquem vadaretur* (6). — *Tot vadibus accusator vadatus est reum* (7). — *Die tertio in quem vadari jusserat* (8). — *Jamque vadaturus, lectica prodeat, inquit* (9).

(1) C'est affirmé par Prisc., 1, Gr., 8,20 : *protulerunt tam in activa, quam in passiva significative tutor, vador*.

(2) Plaute, *Pers.*, 2, 4, 18 ; cf. *Griechisch-Lateinisches Etymol. Wörterbuch*, de Al. Vanicek, 2, p. 878.

(3) Plaute, *Aul.*, 2, 4, 43.

(4) Cicéron, *Pro Quinct.*, 6, 23.

(5) Cicéron, *Pro Quinct.*, 19, 61.

(6) Cicéron, *In Verr.*, 2, 3, 15, 38.

(7) Tite-Live, 13, 3, 8.

(8) Aulu-Gelle, *N. A.*, 6, 1, 11.

(9) Ovide, *Rem. Am.*, 665.

*Vadari* s'emploie aussi à l'inverse pour exprimer que celui qui est prié ou sommé, obtempère à l'invitation qui lui est faite de fournir le *vadimonium*. C'est le sens général qui est dégagé par les vieux grammairiens (1), et nous y voyons la contrepartie de la première donnée : d'une part celui qui demande l'engagement, de l'autre, celui qui l'accorde.

Il n'y aurait rien d'autre à ajouter si une certaine complication, plus apparente que réelle, n'avait été produite à l'occasion d'un texte connu et difficile d'Horace. D'après M. Voigt (2), *vadari* ne signifierait pas faire constituer quelqu'un comme *vas*, le faire s'engager par *vadimonium*, mais bien plutôt se constituer comme *vas* pour quelqu'un, autrement dit jouer vis-à-vis du demandeur le rôle de tiers répondant du défendeur, en un mot, de *vas* (3).

A notre avis, ce sens passif de *vadari* est, pour l'époque ancienne, rendu très probable par les vraisemblances générales ; il est historiquement antérieur à la signi-

(1) August., *Reg.* 513 K : *vador, id est fidem dico* ; Fulgent., *Serm.*, 567, 13 : *vadatus dicitur obstrictus vel sub fidejussione ambulans* ; Salæmon, *gloss.* : *vadatur : promittit, pollicetur, fidem dicit*. Cf. *Corpus glossariorum latinorum*, vol. 2, 1888 ; vol. 4, 1889, *Glossæ codicis vaticani*, p. 188 ; *Glossæ codicis sangallensis*, p. 273 ; p. 399 ; vol. 5, 1894, *Excerpta ex libro glossarum*, p. 251 ; *Excerpta ex codice vaticano*, p. 518 ; *Glossæ Scaligeri*, p. 613.

(2) *Ueber das vadimonium*, p. 302, n. 5.

(3) Plaute, *Curcul.*, 1, 3, 5 : *ubi tu's qui me convadatus veneris vadimoniis* ? Sym., *Ep.*, 1, 31 : *vadatum me honorabili amore tenuisti*, 2, 45 ; 4, 35 ; 5, 47 ; 8, 66 ; 9, 73 ; Synonymes : *vadem fieri*. Cicéron, *De officiis*, 3, 10, 45 ; *vadem se dare* (Valère-Maxime, 4, 7).

fication passive qu'il a revêtue quand le *vadimonium* est devenu une stipulation prétorienne. Si celui qui *vadatur* est le défendeur à l'époque où c'est le défendeur lui-même qui contracte le *vadimonium*, celui qui *vadatur* est le *vas*, personnage indépendant, *ad hoc*, à l'époque où, généralement, en dehors du *vas*, il n'est point de *vadimonium*.

Cela est dans la logique du développement. Mais là où nous croyons que M. Voigt se trompe, c'est quand il découvre un vestige de cet état de droit dans la sat. 1, 9, d'Horace, attribuant ce sens au *casu tum respondere vadato debebat* du v. 36. Nous ne discuterons pas ici les systèmes qui sont nés de ce passage : aussi bien ils seront touchés dans une autre partie de la présente étude ; mais il est à peu près certain que, dans ce texte, *vadato* désigne le défendeur lui-même, menacé de perdre le procès et non le tiers répondant, ou *vas*.



## DEUXIÈME PARTIE

### HISTOIRE, DOMAINE D'APPLICATION ET PORTÉE DU VADIMONIUM.

---

*Vadimonium* est l'expression générique sous laquelle on peut comprendre les termes divers qui désignaient un but à peu près identique. Il correspond à une institution qui dans la suite des temps se modifia sous le rapport de la forme et des utilités, des applications à recevoir.

Ce sont ces dernières que pour le moment nous voudrions passer en revue, nous réservant d'étudier plus loin dans une autre partie, les variations de formes : c'est en somme la portée du *vadimonium*, son champ d'application, son développement historique que nous proposons d'examiner maintenant.

## CHAPITRE PREMIER

### LE VADIMONIUM IN JURE.

La procédure romaine, qui trouva son expression première dans les *legisactiones*, nécessitait le concours des deux parties en cause. L'action de la loi en effet n'était possible que si les deux parties étaient en présence devant le magistrat. Il appartient donc au demandeur d'assurer la comparution du défendeur, *in jus vocabat*. Il devait l'amener devant le magistrat, par quelque moyen que ce fût, pourvu qu'il n'allât pas le chercher jusque dans sa maison. Il était dur pour un débiteur de se voir exposé à un traitement aussi rigoureux ; mais d'autre part il était de la plus haute importance pour le demandeur que son adversaire fût sûrement et promptement amené en justice, puisque c'était la condition essentielle de la reconnaissance de son droit. L'emploi de la violence pouvait être nécessaire.

Il fut légitime. Si l'*in jus vocatus* n'obéit pas, il peut être saisi : *igitur em capito*. S'il cherche à s'enfuir, il peut être traîné de force en justice, *obtorto collo*. *Si calvitur pedemve struit, manum endojacito*.

Ces deux expressions des XII Tables, *capito*, *manum endojacito*, résument le droit primitif des demandeurs

pour amener leur adversaire devant le magistrat. Il ne s'agit pas de tenir *pro judicato*, *pro damnato* le défendeur qui résiste ou qui se soustrait par la fuite à l'*in jus vocatio* et de donner (1) contre lui à ce titre la *legisactio per manus injectionem*, mais simplement de préciser (2) fortement les droits du demandeur, en présence d'un adversaire qui se dérobe et risque par là de rendre toute procédure impossible.

*Capito*, c'est le droit pour le demandeur de passer outre à la discussion, au refus verbal de l'adversaire ; c'est le droit de procéder à son arrestation, après une prise à témoin.

*Manum endojacito*, c'est le droit de recourir à la violence pour triompher définitivement du refus du défendeur.

Une fois que le demandeur a son adversaire à sa disposition, par persuasion ou par violence, il peut en l'amenant devant le magistrat commencer la procédure *in jure*.

Mais celle-ci peut-elle prendre fin le même jour ? difficilement, semble-t-il ; car le défendeur doit entendre les explications de chacune des deux parties et se prononcer sur le *jus* ; cela paraît même impossible, si

(1) En ce sens Puchta, *Institutionen*, § 460 ; Ihering, *Esprit du droit romain*, 1, pp. 459-460, 469 ; Karlowa, *Legisactionen*, pp. 321 et ss.

(2) En ce sens, *Zeitschr. Sav. St.*, 2, 1884 ; Demelius, *Der vindex bei der in jus vocatio*, pp. 4 et ss. ; Lenel, *Beiträge*, pp. 43 et ss. ; Maria, *Le Vindex*, pp. 226 et ss.

l'on songe que le demandeur devra tout d'abord *edere actionem*, faire connaître au demandeur le genre de poursuites qu'il se propose d'intenter contre lui. Il faudra laisser à ce dernier le temps de préparer sa défense ; pour cela, interrompre la procédure *in jure* et la reprendre à un autre moment.

Quelle sera la situation du demandeur qui avait fait toutes diligences pour amener le défendeur devant le magistrat ? Devra-t-il recommencer les poursuites pour chaque comparution qui sera nécessaire ?

La loi ne lui offrait, à vrai dire, que deux moyens : garder le défendeur dans sa prison domestique, ou renouveler chaque fois l'*in jus vocatio*.

Ces deux procédés étaient également incommodes. Il fallait remédier à cette situation et faire en sorte que le demandeur ne fût pas contraint d'exercer une surveillance continue sur la personne du défendeur et fût assuré de sa comparution en justice sans recourir à l'*in jus vocatio*. Il fallait d'autre part que le défendeur, tout en étant libre, fût tenu juridiquement de se présenter en justice lorsqu'il en était requis.

C'est à quoi servit le *vadimonium*. Des garants spéciaux, les *vades*, s'engagèrent à assurer la comparution du défendeur aux jours fixés.

Le demandeur trouvait sa sécurité et sa garantie dans l'engagement de ces *vades*.

Ces *vades*, garants d'un fait spécial et déterminé, étaient fournis en nombre variable. Il pouvait y en avoir

un, comme cinquante ; et d'autres *vades* en sous-ordre, appelés *subvades*, pouvaient à leur tour (1) garantir l'obligation des premiers.

Cette obligation portait sur la promesse, faite au demandeur, d'assurer la présence du défendeur autant de fois que le comportait la procédure devant le magistrat.

La sanction était le paiement d'une somme d'argent au demandeur.

En droit, l'engagement des *vas* se présente sous la forme d'une obligation alternative : procurer la présence du défendeur ou payer une somme d'argent.

C'est ainsi que semblent l'entendre certains textes littéraires, notamment Plaute, *Rudens*, 3, 4, 72 : *Promisimus aut talentum magnum aut hunc hodie sistere* ;

Et Tite-Live, 3, 13, 6 :

.....*sisti reum pecuniamque nî sistatur, populo promitti placere pronuntiant.*

L'on peut voir de suite l'utilité qui en résultait pour le demandeur : les *vades* étaient fort intéressés à ce que le défendeur comparût exactement ; il y allait pour eux du paiement de la *pœna*.

Le demandeur était ainsi déchargé du soin et de l'en-

(1) Les *subvades* garantissaient-ils solidairement, en bloc, l'obligation des *vades*, ou bien au contraire, étaient-ils affectés à la garantie de *vades* pris individuellement ? Il semble bien que la 2<sup>e</sup> conjecture soit la meilleure. S'il a fallu plusieurs *vades* pour assurer la réalisation d'un fait indivisible ou le paiement d'une somme d'argent, c'est que la responsabilité eût été trop lourde à supporter pour un seul : les raisons sont les mêmes pour les *subvades*. Argument de Tite-Live, 2, 13, 7, sur le procès de Kæso Quinctius.

nui de se mettre chaque fois à la recherche d'un adversaire qui se dérobaît à l'*in jus vocatio* : c'était aux *vades* que cette obligation incombait.

Mais il ne fallait pas que la difficulté fût simplement déplacée pour le demandeur ; il ne fallait pas que pour faire exécuter fidèlement au *vas* son obligation, il fût dans la nécessité de lui intenter une action en paiement de la somme promise ; sans quoi les choses n'eussent jamais pris fin.

Si donc le *vas* n'exécutait pas l'objet principal de son engagement, il était bien, en ce qui le concerne, *judicatus* quant à la *pæna*, condamné par le fait même à payer la somme au demandeur : *aut talentum magnum aut hunc hodie sistere*.

C'est par ce moyen que le demandeur se trouvait garanti.

Avec le progrès du droit romain, ce que ce procédé pouvait avoir d'archaïque s'effaça ou fut supprimé par le préteur. L'institution des stipulations prétoriennes vint transformer l'engagement primitif du *vas*, le supprima en réalité pour y substituer la promesse de comparaître fournie par le défendeur lui-même avec adjonction de fidéjusseurs ou de toute autre sûreté.

Mais qu'il s'agisse de l'engagement primitif des *vades* ou de la stipulation avec *satisfactio* de l'époque classique, ou même de la caution du droit de Justinien au sujet de laquelle nous nous demanderons à la fin de cette étude si c'est encore un *vadimonium*, tel demeura

toujours l'objet fondamental du *vadimonium*, d'assurer la présence du défendeur *in jure* autant de fois qu'il était nécessaire pour instruire suffisamment un procès et transformer une simple action en un droit au jugement.

En dehors de ce rôle sur lequel nous n'insisterons pas davantage pour le moment, puisqu'il fait le fond de toutes les explications qui viendront par la suite, notre institution reçut d'autres applications dans la vie juridique des Romains; de celles-là, les unes sont certaines et les autres, contestées. Nous devons essayer de les passer en revue.

## CHAPITRE II

### LE VADIMONIUM DANS LA PROCÉDURE CRIMINELLE.

La question de l'existence du *vadimonium* dans la procédure criminelle peut être posée avec un certain intérêt ; cependant elle n'est point capitale, car elle ne révèle aucun caractère particulier de l'institution. Le *vadimonium* semble, plutôt, avoir été utilisé par la procédure pénale dans les formes où il avait été érigé par le droit privé. Cela se conçoit si l'on songe qu'à l'origine, où ont été jetés les rudiments des institutions qu'a connues le droit romain, tout émanait du rapport privé et convergeait à lui, tout ce qui était règle de droit était règle de droit privé (1). Sauf les délits contre l'Etat, et l'homicide, qui furent toujours punis de peines publiques, la plupart des délits constitués par des atteintes à la personne ou à la propriété des citoyens donnèrent lieu tout d'abord à des rapports de droit privé.

Cependant avec le développement du droit romain se fit jour cette idée que certains délits, *lato sensu*, les

(1) Le droit public romain a eu pour archétype le droit privé ; nous signalerons seulement le fécond rapprochement qui a été établi entre le droit de famille du *paterfamilias* et l'autorité du roi des premiers temps de Rome : la seconde a bien pu être l'image du premier. Voy. Mommsen, *Dr. publ.*, 3, p. 2 et ss. ; Wlassak, *Process.*, 2, p. 352 ; Girard, *Manuel*, p. 13.

crimes, intéressaient les pouvoirs publics, et que ceux-ci devaient intervenir dans leur répression et leur réparation. Pour y parvenir, l'image de ce qui se passait dans les rapports des particuliers entre eux fut d'un grand secours.

Au point de vue qui nous intéresse, l'institution de la garantie de comparution fut adaptée après coup au droit pénal et c'est sous un rapport purement extérieur que nous la voyons fonctionner. Son mécanisme n'a pas subi de transformations appréciables, ni sa physionomie, de modifications ; toutefois le *vadimonium* ayant trouvé ici son application, nous ne pouvons dans ce tableau descriptif le passer sous silence.

Le magistrat disposait de plusieurs moyens de contrainte pour engager et développer la procédure criminelle (1). C'était d'abord la citation personnelle (*vocatio*), ensuite, en cas de désobéissance, l'appréhension violente (*prehensio*) et plus tard, la recherche avec enquête (*requisitio*) ; c'était enfin l'emprisonnement et, éventuellement, l'organisation d'une garantie de comparution (*prædes vades*).

C'est en vertu de ses pouvoirs administratifs ordinaires que le magistrat rendait cette citation et non en vertu d'une attribution spéciale qu'il aurait puisée dans ses fonctions pénales : tout fonctionnaire muni de l'*imperium* en était investi (2). La *vocatio* ou l'*evocatio*

(1) Cf. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 324.

(2) Mommsen, *op. cit.*, p. 324.

est un acte administratif du magistrat (1), dans lequel les indications du jour et du lieu de comparution sont essentielles. Le magistrat a toujours disposé, sans distinction d'époque, d'une certaine liberté dans la rédaction de cette pièce ; il était maître de la formule, maître aussi d'accorder un délai, qui paraît avoir été de trente jours, pour le cas où un assez long voyage était nécessaire pour se rendre au lieu de comparution (2). Si l'individu cité à comparaître par le magistrat ne se présentait pas dans les termes et délais convenus, il se mettait en contravention avec l'autorité publique et désobéissait aux pouvoirs de police du magistrat. Ce dernier puisait également dans ses attributions le droit de renouveler sa citation en l'appuyant de sanctions énergiques, menaces de coercition. Mais c'était encore là l'exercice des pouvoirs ordinaires et non une prérogative de droit pénal.

Tout accusé visé par l'*evocatio* du magistrat dans une procédure criminelle publique, qu'il se présente de lui-même ou qu'il soit amené de force devant le magistrat, peut être conduit en prison. Au début, il doit même l'être, car l'emprisonnement semble avoir été alors la règle aussi bien pour les causes privées que pour les causes publiques. S'il n'en eût pas été ainsi, si dans la procédure des délits privés, la victime n'avait pas eu la faculté de garder l'accusé dans sa maison privée, on ne

(1) Mommsen, *l. c.*

(2) *Cod. Theodos.*, 9, 2, 3 ; Mommsen, *l. c.*, p. 325.

s'expliquerait pas bien clairement pourquoi le demandeur était maître de sa plainte, libre de ses termes et du délai pour la faire valoir. On ne comprendrait pas non plus qu'on eût laissé sans réponse la question de savoir quelle situation donner à celui qui est accusé de vol, jusqu'au jour du jugement qui fixe sa culpabilité ou la supprime ; c'est apparemment que la réponse allait de soi et était usuelle : l'emprisonnement était coutumier. Comprendrait-on enfin que l'on n'ait pas pourvu au cas où, dans une affaire privée, la question d'une garantie de comparution ayant été agitée librement entre les parties, celles-ci ne sont pas arrivées à s'entendre ? c'est que le plaignant avait le droit de garder l'accusé dans sa prison.

De plus, en ce qui concerne la procédure criminelle publique, il semble qu'elle ait toujours été à l'époque la plus ancienne, une « procédure capitale » ; et il parait difficilement admissible qu'on ait laissé en liberté, sous n'importe quelle condition, un accusé passible de la plus grave des peines. Ainsi de ce que nous venons de dire il résulte que le juge pénal n'a eu primitivement le choix qu'entre deux décisions, l'emprisonnement de l'accusé ou la procédure immédiate, sans contrainte, sans garantie de comparution (1).

C'était là une alternative étroite que toute mesure de

(1) Voy. la procédure contre Kaeso Quinctius, Tite-Live, 25, 4, 8 ; Schwegler, *Römische Geschichte*, 2, pp. 576 et suiv. ; Mommsen, *op. cit.*, p. 327.

progrès devait nécessairement briser. Elle le fut par l'*intercessio* des tribuns du peuple qui jouèrent là, comme ailleurs, leur rôle d'émancipateurs. Les tribuns prirent donc sur eux dans bien des cas, de prononcer l'élargissement d'un accusé incarcéré, et cela d'autant plus facilement que la voie de l'*exilium* s'offrait à la place, suffisamment énergique et salubre ; c'était en même temps un acheminement vers la limitation de la peine de mort.

Les tribuns usèrent de leur faculté d'*intercedere* dans les causes capitales et firent admettre de plus en plus que les accusés pouvaient se soustraire à l'emprisonnement en fournissant un *vadimonium*, ce dernier moyen étant, en réalité, susceptible de fonctionner dans la procédure criminelle comme dans les procès civils.

Mais à des indices non douteux, on s'aperçoit que le *vadimonium* a été, dans la procédure pénale, d'une application plus récente que dans le droit privé. Un passage de Tite-Live nous apprend que le procès de meurtre intenté en 461 de Rome est le premier où furent constitués des *vades* (1).

La faculté pour l'accusé de constituer un *vadimonium* contre le gré des autorités pénales, se présente alors comme un droit populaire arraché à la puissance des magistrats (2).

(1) Tite-Live, 3, 43, 6 et ss. ; Dion, 10, 8 ; Voigt, *Ueber das vadimonium*, p. 338.

(2) Mommsen, *op. cit.*, p. 328.

Les tribuns du peuple ont eux-mêmes réglementé les conditions d'admission et de constitution des *vades*. Une vieille légende rapporte même que les magistrats patriciens ont été forcés par eux, dès l'époque antérieure aux décemvirs, d'admettre les cautions publiques offertes par un accusé. Dans le procès contre Kaeso Quinctus, dix cautions furent obligées sur l'ordre des tribuns, chacun pour 3.000 as.

La constitution des *vades* était donc une des manières d'être jugé librement, après un délai, sans emprisonnement. Mais malgré le développement incessant de l'intercession des tribuns, l'influence de ces derniers n'a pu s'exercer efficacement en ce qui concerne les criminels de droit commun (1) et les règles de la procédure pénale sont restées au moins possibles. L'intercession tribunicienne ne se généralisa pas complètement (2).

Le sort de la garantie de comparution paraît lié à l'emprisonnement ; elle a été introduite après que le droit d'emprisonnement eut existé seul, comme une amélioration, un adoucissement à cette alternative bru-

(1) Tite-Live, 23, 14, 3 ; Valère-Maxime, 7, 6, 1.

(2) Exempl. : les procès contre Postumius et ses associés ; contre Pleminius *ex vinculis*, Tite-Live, 29, 19, 5 ; 21, 2, 3, 12 ; 22, 9. De même quelques procédures capitales comitiales mentionnées comme étant du VII<sup>e</sup> siècle, n'ont pas été touchées par l'*intercessio* tribunicienne ; de même les procès contre Fabius Maximus entre les années 649 et 632 de Rome ; Valère Maxime, 6, 1, 5 ; Quintil., *Decl.*, 3, 17 ; contre Q. Metellus, en 634, au sujet du refus de prêter serment ; Tite-Live, *Ep.* 69.

tale et incommode, la prison ou le jugement immédiat. Aussi dès l'époque où furent appliquées des mesures qui supprimèrent l'emprisonnement dans certains cas, vit-on la caution de comparution subir le même traitement.

En effet, sous César, il fut défendu aux magistrats en général de faire emprisonner les citoyens romains, *in vincula duci* ; en même temps que le citoyen romain était légalement affranchi de la prison, disparaissait la garantie de comparution : depuis ce temps, en effet, il n'est plus question ni de l'un ni de l'autre en ce qui concerne les citoyens (1).

Sous l'Empire, se réorganisent, pour les citoyens romains, l'emprisonnement et la garantie de comparution à la suite et peut-être comme une conséquence de la loi de César qui maintenait, exceptionnellement, en cas de résistance ou de rébellion, au magistrat le droit de prononcer l'incarcération. Le préfet de la ville ou le proconsul peut selon les circonstances et d'après son appréciation réserver, dans la citation, l'emprisonnement ; il tiendra compte de la nature de l'accusation, de la richesse, de l'honorabilité ou de la dignité de l'accusé (2). Ce droit d'appréciation s'est exercé aussi pour

(1) Les derniers cas connus de *vadimonium* dans la procédure pénale de la République concernent des femmes : empoisonneuses, 602 de Rome, Tite-Live, *Ep.*, 48 ; et des étrangers : procès de meurtre, contre Bomilcar en 644, qui constitua 50 cautions : Salluste, *Jug.*, 35, 7. — Voy. Voigt, *Ueber das Vadimonium*, p. 339 ; Mommsen, *op. cit.*, p. 329.

(2) Ulp., *Dig.*, 48, 3, 1. Voy. Mitteis, *Hermes*, 30, 1895, p. 615 ; Mommsen, *op. cit.*, p. 331.

les actions les plus graves, les actions capitales (1). La prison étant évitée par l'accusé, la liberté lui était assurée mais sous caution de comparaître (2) et même peut-on voir, sans caution (3). Le proconsul pouvait aussi accepter de suite une caution qui n'est plus désignée sous le nom de *vadimonium* mais sous celui de *satisfactio* : caution à défaut de laquelle était prévue l'incarcération dans une prison publique ou privée (4).

Le montant de la somme garantie par la caution et qu'elle devait payer au défaut de l'exhibition de l'accusé était fixé par l'usage des lieux ou par décret du magistrat (5). Si l'accusé garanti est absent au jour dit, la

(1) V. Eunapius, *Vita Juliani*, p. 69, éd. Boiss.

(2) Dioclét., *Cod.*, 7, 62, 6, 3.

(3) Dioclét., *Cod.*, 2, 11, 4, 1.

(4) *Dig.*, 48, 3, 3, 4 ; *Cod.*, 7, 62, 12 ; 8, 40, 26.

(5) V. les papyrus grecs de Berlin, 2, n° 518 : (le nom) ὁμῶς τον ἔθιμον ρωμαίων ὄρκον ἐκουσιως και αυταιρετως εγγυασθαι Σωκρατην (le fils d'un Romain) μόνης και εμφανειας ον και παρασθησω οποτε ε[αν αυ]αξηνηται. εαν δε μη ευρισ[κηται] ..... εμβιβασω τα προς [αυτο]ν επιζη[τηται]. ενα (= exequar quae ab eo requirentur) η ενοχος [ειην] τῷ ο[ρχῳ]. — V. aussi les papyrus grecs du British Mus., 2, p. 277. On peut se demander pourquoi dans les cas de procédure criminelle cités plus haut il était question de *vades* et non de *praedes*, pourquoi dans les textes littéraires où il est parlé de *praedes* le mot *vades* y est toujours accolé ; Tite-Live, 38, 58, 1 ; Valère-Maxime, 4, 4, 7, Tite-Live, *Ep.*, 48. Il semble que la procédure pénale, du jour où elle a fonctionné à Rome, ait fait partie, comme dans nos sociétés modernes, de l'exercice de l'autorité publique, et à ce titre ait dû s'inspirer des principes de droit public ; c'était donc les *praedes*, cautions de l'Etat dans les rapports qu'il avait avec les particuliers et non les *vades*, cautions des particuliers entre eux, qui eussent dû être constitués. D'après une conjecture ingénieuse de M. Voigt, *Ueber das vadimonium*, p. 337, c'aurait été une loi Icilia *de non interfando tribunum plebis* de 266, qui aurait introduit la *vadis datio* dans la procédure

caution n'aura à supporter d'autre dommage que le paiement de la somme garantie ; mais si la caution a provoqué l'absence par son dol, elle pourra être poursuivie et punie extraordinairement, c'est-à-dire arbitrairement et sans renvoi devant le juge, d'une peine laissée à l'appréciation du préfet de la ville et dans les provinces, du proconsul.

criminelle. Cette loi spécifiait que quiconque, dans les *comitia* ou les *cautiones* par tribus, interrompait les tribuns dans leurs discours, devait sur le champ et à la requête de ceux-ci constituer des *vades*. Ce qui peut rendre cette conjecture vraisemblable, c'est l'assimilation de ce cas de droit public avec une situation de droit privé, et par conséquent l'application possible du *vadimonium* en cette matière : ici la faute est prouvée aux yeux de tous, l'auteur est manifestement connu. En même temps qu'il s'est rendu coupable d'un délit, il s'est constitué, sans qu'il soit besoin d'une procédure publique en reconnaissance, débiteur de l'orateur public. M. Voigt fait valoir aussi que le tribun n'est pas un magistrat du peuple romain et que par conséquent, il ne disposait pas de la *praedis datio*.

### CHAPITRE III

#### LE VADIMONIUM DE PLACE A PLACE.

Le *vadimonium* servant d'abord à dispenser un demandeur de garder le défendeur à sa disposition jusqu'à la fin de l'instance, ensuite à assurer toutes les comparutions successives *in jure* nécessaires pour un procès en cours, ayant servi aussi à perfectionner la procédure criminelle, était appelé à jouer un rôle très pratique dans le mouvement d'extension de la vie judiciaire romaine.

Cela tient à ce qu'un des caractères distinctifs du *vadimonium*, celui-là même qui en est la raison d'être, s'adapta exactement aux circonstances de fait qui furent la conséquence du grand développement du territoire romain.

Ce caractère semble bien être, au point de vue abstrait, la formation d'un lien entre un individu, le défendeur à un procès et le tribunal devant lequel il aura à comparaître en vertu de l'*in jus vocatio* du demandeur : en style moderne nous dirions l'action de saisir le tribunal compétent. Le *vadimonium* en effet que nous avons vu fonctionner uniquement comme moyen de garantie assuré au demandeur, comme adoucissement à la situation du défendeur dans les causes criminelles, nous

pouvons le voir maintenant, sans qu'il cesse d'être ce qu'il a été tout d'abord, assurer la comparution des parties devant les juridictions trop éloignées pour que l'*in jus vocatio* habituelle fut pratique.

Dans les commencements, quand le territoire était encore peu étendu, l'on pouvait centraliser les affaires judiciaires et le préteur connaissait sans intermédiaires des litiges à lui soumis. L'organisation de la justice était comme le pouvoir lui-même, une, parce qu'elle était simple. On conçoit bien que les citoyens qui avaient des procès à faire trancher pouvaient les porter directement devant le magistrat central et y faire venir promptement leur adversaire.

Mais, avec les conquêtes, le territoire grandit et il fallut se préoccuper des rapports de toute nature qui devaient s'établir de points chaque jour plus éloignés au centre de la cité romaine.

Il dut arriver un moment où la multiplication des tribunaux s'imposa comme une conséquence de l'accroissement du territoire et de l'extension des relations juridiques entre les habitants.

Cette augmentation du nombre des tribunaux ne fût-elle pas décidée comme mesure indispensable, elle aurait été imposée par les circonstances mêmes de l'évolution historique de Rome. Il arriva un moment où les conquêtes s'étendirent tellement qu'on ne put ni annexer complètement territoire et habitants aux territoires et citoyens romains ni les incorporer dans la confédération latine.

Suivant le plus ou moins de résistance que les agglomérations conquises opposèrent au joug des vainqueurs, un régime d'assimilation plus ou moins sévère leur fut appliqué. Dans les limites du territoire italique, relevons seulement l'existence des *municipes* et des *préfectures*, et voyons, en les opposant, ce qui s'est passé dans la réalité.

La *præfectura* était le siège du magistrat romain que Rome déléguait dans une localité qu'elle avait réduite en son pouvoir et qui était dépourvue, ou à peu près, de toute autonomie. Le pouvoir central attribua cependant progressivement l'indépendance à ces collectivités et les laissa se constituer en cités ; cette réforme se fit même pour certaines cités dès une époque assez ancienne, par exemple pour la ville natale de Cicéron, Arpinum, dès 566.

Quant aux autres, le développement de la vie communale s'opéra après la guerre sociale : un passage de la *lex Julia municipalis* est net à cet égard (1). Ces cités, quoique jouissant de l'autonomie, ne purent être assimilées à des *municipes*, car leur autonomie ne datait pas de l'origine. Elles gardèrent même le nom de *préfectures*. Mais cette dénomination qui pourrait faire songer à la situation pleinement assujettie des premières *préfectures* ne doit pas cependant laisser subsister de doute sur l'affranchissement progressif et même

(1) *Lex Julia municipalis*, lign. 85 et ss., *Textes Girard*,

assez précoce de ces anciens sièges judiciaires (1).

Les municipes, à la différence des préfectures, gardaient leur administration intérieure et jouissaient par conséquent d'une autonomie plus profonde.

Mais que l'on soit en présence de municipes ayant revendiqué et maintenu l'autonomie de juridiction, ou de préfectures dans lesquelles, si l'on veut, l'autonomie mitigée ne se manifestait pas par le signe essentiel qui caractérisait les municipes, à savoir, l'*imperium* judiciaire, mais où cependant les préfets, agents de la juridiction de l'Etat et délégués par les préteurs, sont bien représentés comme ayant une compétence limitée (2), une même constatation s'impose dans tous les cas, un même fait apparaît : la nécessité d'une organisation plus savante de la justice, d'une hiérarchie des juridictions, d'une réglementation des compétences.

Le développement historique a beaucoup contribué à ce progrès du droit. La guerre sociale accentua le mouvement qui poussait les cités à vivre d'une vie autonome et à exercer en leur nom la juridiction.

Il est à noter que la souveraineté du municipe nous apparaît comme trouvant son expression la plus vivante, se résumant en un mot dans la juridiction, dans l'*imperium* judiciaire. C'est cette prérogative considérable que durent réglementer les lois, et à laquelle sont en effet

(1) Voy. Mommsen, *Droit public romain*, trad. Girard, VI<sup>2</sup>, p. 445.

(2) Voy. Caton, *De R. R.*, 149 et Mommsen, *Droit public*, trad. Girard, VI<sup>2</sup>, p. 464.

relatives celles dont d'importants fragments nous sont parvenus.

Ainsi la loi Rubria et le fragment d'Este, relatifs à l'administration judiciaire de la Gaule cisalpine sont rattachés par les historiens à des dates différentes, 705 ou 712. Mais qu'ils remontent seulement à 712, date de la réunion de la Gaule cisalpine à l'Italie, ou qu'ils soient déjà de l'année 705, époque à laquelle la cité fut concédée à cette contrée, on peut admettre qu'une corrélation existe entre le développement du droit de cité concédé aux cités conquises et la confection de lois s'efforçant de coordonner les coutumes locales avec le droit romain ainsi que d'organiser utilement les diverses juridictions et la compétence (1).

Le meilleur moyen de mettre d'accord les droits des cités, les juridictions municipales avec les intérêts de la prépondérance romaine était de créer une hiérarchie de compétences dont le sommet fût occupé par les magistrats romains.

Et en effet, c'est bien de la limitation de la compétence municipale que parlent la loi Rubria et le fragment d'Este. Ces lois ne nous donnent de renseignements précis que sur la législation de l'an 705, relative à l'admission de la Gaule cisalpine parmi les citoyens, « cependant le principe qui y est appliqué

(1) M. Mommsen a trouvé un solide appui à la deuxième conjecture dans le nom même donné par le texte à la région qu'il concerne ; Voy. Girard, *Textes de droit romain*, 2<sup>e</sup> éd., p. 64.

peut, sauf le montant de la somme qui a probablement comporté beaucoup de variations, avoir été pris pour règle générale (1) ».

La loi Rubria (2) nous apprend que, à part certaines matières exceptionnelles où ils sont compétents sans limites, les magistrats municipaux ne sont compétents que jusqu'à concurrence de 15.000 sesterces, somme au-dessus de laquelle il fallait renvoyer l'affaire à Rome.

Comment arriver à saisir ce tribunal ? comment faire que le défendeur soit contraint de s'y présenter ? Par un *vadimonium* qui, comme les *vadimonia* antérieurs, assure une comparution du défendeur, mais devant un nouveau tribunal et non pas comme eux, devant le même.

Le magistrat municipal assurait la comparution du défendeur devant la juridiction romaine en le forçant à s'engager vis-à-vis du demandeur par un *vadimonium* (3).

La limitation des compétences résultait de lois, de constitutions impériales ou de sénatus-consultes (4), et non de l'autorité des préteurs : ceux-ci n'avaient qu'à

(1) Mommsen, *Droit public*, trad. Girard, IV<sup>2</sup>, p. 468.

(2) Voy. Schrutka-Rechtenstamm, *Ueber den Schlusssatz in Cap. XXI legis Rubriæ de Gallia Cisalpina*, dans les *Sitzungsberichte der phil. histor. Classe der K. Akad. der Wissenschaften in Wien*, 1884, t. 106, p. 463.

(3) Voy. Girard, notice bibliographique sur la loi Rubria de Gallia Cisalpina, *Textes*, 2<sup>e</sup> éd., p. 83.

(4) Bethmann-Hollweg, *Römische Civilprocess*, 2, pp. 64 et ss.

appliquer la loi ou les constitutions ; nous verrons plus loin comment.

Il fallait fixer au défendeur un certain délai, apprécié en fait, qu'il devait employer à faire le voyage de Rome. Ce délai préfixe, résultat d'une moyenne, nous est connu par les textes de Gaius, *Dig.*, 2, 11, 1 et d'Ulpien, *Dig.*, 50, 16, 3 *pr.* : *Vicena millia passuum in singulos dies dinumerari praetor jubet.... Itinere faciendo viginti millia passuum in dies singulos peragenda si sunt accipienda, ut....* Le taux de 15.000 sesterces servant de critérium pour la délimitation des compétences a motivé quelques règles spéciales et suscité quelques difficultés.

Relativement aux actions de partage, la compétence ne doit pas être établie d'après la valeur d'une seule part, mais d'après la valeur de la masse entière, *quia et tota res in iudicium venit et vel uni adjudicari potest* (1). Il semble que l'édit se soit particulièrement occupé de l'action *familix erciscundæ* dans ses rapports avec la compétence (2). La loi Rubria a favorisé en cette matière l'extension de la compétence municipale. Mais il est à peu près certain qu'à l'époque de Gaius et d'Ulpien (cela ressort du même passage de la loi) les actions en partage de succession n'ont pas été attribuées pleinement aux juridictions municipales (3).

(1) V. Gaius, 1. *Dig.*, 2, 4, *De jurisdict.*, 11 ; Ulpien, 2, *Dig.*, 10, 2, *Fam. erc.*, 55.

(2) Loi Rubria, c. 23.

(3) *Dig.*, 2, 1, 11, 2 ; 10, 2, 55 ; 50, 16, 3, 1.

Dans l'évaluation du procès, il était nécessaire de comprendre les accroissements de valeur donnant lieu à des actions en recours et résultant de travaux ou de certaines utilisations. A ce sujet (1), il faut faire une distinction entre le cas où le rapport juridique se prolonge indéfiniment ou au contraire est déterminé d'une façon précise dans sa durée et le cas où « l'extinction future est certaine mais la date inconnue ».

Au second cas, la valeur du litige était fixée à 12 fois  $1/2$  le montant de la valeur annuelle, et au premier cas, à 25 fois.

De même pour la limitation des compétences, il ne faut pas seulement prendre en considération les actions qui comptent dans le patrimoine du demandeur, mais aussi celles qui, comme l'action d'injures (2), les actions populaires (3), l'action *sepulcri violati*, l'action *de mortuo inferendo*, *in bonis nostris non computantur* (4).

Le principe de la limitation des compétences souffrait exception en ce qui concerne les *causæ famosæ et liberales*. Celles-ci sont attirées au prêteur sans considération pour la valeur du litige : *liberales et famosis-*

(1) V. Lenel, *Edictum perpetuum* ; et *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, 1881, pp. 35 et ss.

(2) *Dig.*, 47, 10, 28.

(3) *Dig.*, 35, 2, 32 *pr.*

(4) V. Lenel, *loc. cit.* ; en sens contraire, Rudorff, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 4, p. 15 ; mais l'hypothèse de Lenel, fondée sur un texte important et peu clair, Paul 2, fr. 5, *De Verb. Sign.* est en harmonie avec les dispositions de la loi Rubria et ses termes : *quæ res non pluris HS XV erit.*

*simæ causæ (et quæ ex principe profisciscuntur) ibi (in municipiis) non aguntur* (1).

Comment, par quel moyen pratique s'opérait ce des-saisissement de l'autorité municipale, et le renvoi devant le magistrat romain ?

Nous avons dit que les pouvoirs du magistrat étaient limités par les dispositions de la loi et de l'édit. Le préteur avait seulement le droit de décider de la question de savoir comment appliquer le *vadimonium*, pour quand, et s'il devait être constitué *purum* ou *cum satisfactione*, ou *jurejurando* ou *recuperatoribus suppositis* : il en était ainsi du magistrat municipal comme du magistrat romain.

L'examen attentif de la loi Rubria montre d'une part que ses pouvoirs limités ne lui permettaient pas d'engager la procédure et d'autre part que les parties ne contractaient pas à l'amiable un *vadimonium* extrajudiciaire.

(1) Isidor., 45, 2, 10 ; Lenel, *loc. cit.* ; Ulp., 2, *Dig.*, 42, 1, fr. 10 ; 17, 2, fr. 32 ; 44, 7, 36 ; 47, 12, 1 ; Paul, 16, 3, fr. 6. — M. Lenel se sert de cette idée pour rectifier et expliquer un texte d'Ulpien, 2, *D.*, 44, 2, fr. 1 ; partant de ce principe que les procès de liberté (*causa liberalis*) sont réservés à la juridiction du préteur, il conclut qu'un événement quelconque, un legs ou tout autre fait juridique n'exerce aucune influence sur le procès de liberté, lorsqu'il relève d'une autre juridiction, et ainsi Lenel rapporte au *vadimonium Romanum, faciendum* et à la limitation des compétences un texte qui semble bien se rattacher par sa nature à l'*exceptio rei judicatæ* : l'explication de Lenel est ingénieuse et même logique, mais est-ce assez pour faire que le texte se rapportât originairement à la compétence municipale ?

En effet, le demandeur devait *in jus vocare* son adversaire devant le magistrat de la cité à laquelle il appartenait et ce n'est qu'alors, que ce magistrat pouvait imposer au défendeur l'obligation de contracter vis-à-vis du demandeur un *vadimonium* pour Rome (1), mais il devait attendre l'initiative de celui-ci.

Il y avait deux hypothèses à prévoir, d'abord celle dans laquelle le défendeur ne répondait pas à l'*in jus vocatio* du demandeur devant le magistrat municipal, auquel cas il ne pouvait être question de *vadimonium Romam faciendum*, et ensuite celle dans laquelle, au contraire, le défendeur obéissait à cette *in jus vocatio*. Dans ce cas seulement le but cherché pouvait être atteint : le magistrat était en mesure de faire contracter au défendeur la promesse de se rendre à Rome devant le magistrat compétent.

Si l'on se trouvait dans la première hypothèse, l'absence du défendeur rendait la combinaison du *vadimonium* impossible, mais le demandeur jouissait d'une action pénale que le préteur avait créée à son profit. Cette action pénale n'était, bien entendu, délivrée que si le défendeur n'avait pas fourni un *vindex locuples* ou une justification plausible de son absence.

C'était donc seulement au cas où le défendeur se rendait devant le magistrat municipal, en exécution de l'*in ejus vocatio* du demandeur, que le *vadimonium* trouvait

(1) V. loi Rubria, c. 21, *in fine* ; Karlowa, *Römische Civilprocess*, p. 327 et ss.

à fonctionner comme moyen de saisir la juridiction compétente.

La distinction nécessaire entre ces deux cas, on peut la déduire assez facilement des termes de la loi Rubria, c. 21 *in fine*. A cet endroit (1), on rencontre en effet les expressions suivantes : ..... *qui vadimonium Roman ex decreto ejus ..... non promiserit aut vindicem locupletem ..... non dederit*.....

Le texte n'assimile certainement pas la situation de celui *qui vadimonium Roman ex decreto*..... *non promiserit* avec la situation de celui *qui vindicem locupletem .... non dederit*. Comme le fait remarquer M. Lenel (2), il ne peut être question pour celui qui n'a même pas comparu de se soustraire au décret du magistrat. De plus rien ne dit que les deux cas aient été prévus dans une seule et même formule ; ils ne l'ont certainement pas été dans l'édit, car l'*in jus vocatio* et le *vadimonium* s'y trouvaient, chacun, dans des titres séparés (3).

La loi Rubria prévoyait aussi dans les dernières lignes du ch. 21 le cas où, présent devant le magistrat municipal, le défendeur se refuserait à procéder au *vadimonium*. Elle donnait alors aux magistrats municipaux le pouvoir de délivrer une action pénale contre celui qui refusait la constitution du *vadimonium*. Mais une modification (4) a dû intervenir par la suite et cette action a

(1) Voy. Schrutz, *loc. cit.*

(2) *Edictum perpetuum*, p. 57.

(3) En sens contraire, voy. Rudorff, *E. P.*, § 14.

(4) Cette modification qui nous semble exprimée par la loi 1, *pr.*

été probablement soustraite à la compétence municipale.

Cela ressort du principe général du fr. 1, *pr.*, *Si quis jus dicenti*, D., 2, 3, d'après lequel les duumvirs de l'époque d'Hadrien n'ont plus généralement le pouvoir de sanctionner leur juridiction par des actions pénales, *jurisdictionem suam defendere pœnali judicio* ; cette action fut transportée dans la compétence du préteur, qui la délivra dès lors sous forme d'action pénale prétorienne (1).

Voilà pour les cas où la juridiction municipale ne pouvant pas connaître d'un procès engagé, il était nécessaire de faire venir le défendeur à Rome, au moyen d'un *vadimonium*.

Envisageons maintenant le cas inverse où un habi-

*Si quis jus dicenti* et surtout conforme au développement historique est niée par Mommsen qui explique comment les choses auraient gardé leur physionomie propre : le magistrat municipal n'aurait jamais pu disposer que de la *multa* et c'est seulement comme défenseur de la juridiction de l'Etat qu'il aurait pu délivrer, en vertu de la disposition de la loi Rubria, un *judicium recuperatorium* contre celui qui refuse de constituer le *vadimonium* ; Mommsen, *Droit public romain*, trad. Girard, VI<sup>e</sup>, p. 467, n. 5.

(1) Cf. Lenel, *Edict. perp.*, pp. 44 et ss. ; Z. Sav. *Stift.*, 1881, pp. 35 et ss. C'est peut-être parce que le magistrat municipal n'avait pas d'arme contre le défendeur qui ne se présentait pas du tout devant lui, que le pouvoir de délivrer l'action contre le défendeur récalcitrant lui fut retiré *in globo* par la suite et attribué au préteur. Celui-ci avait le droit de pourvoir aux nécessités au moyen d'actions pénales : il a pu en délivrer contre le défendeur qui se dérobait et substituer ainsi un procédé plus souple et moins rigoureux aux anciennes voies de droit qui formaient dans ce cas, auparavant, la seule ressource du demandeur.

tant d'un municipe assigné à Rome faisait valoir le *jus revocandi domum*. C'était un droit accordé à certaines personnes de décliner toute poursuite à Rome, lorsqu'elles n'y avaient pas leur domicile. Le *jus revocandi domum* constituait une faveur absolument personnelle et celui qui en usait devait s'engager à comparaître devant le magistrat de son domicile à un jour fixé par le préteur (1).

Et alors le *vadimonium* fait à Rome assurait la comparution devant le tribunal du domicile du défendeur, comme dans le cas précédent, le *vadimonium* fait au lieu du domicile assurait la comparution devant le tribunal de Rome.

Un nouveau problème fut posé par suite de la conquête des territoires situés hors d'Italie qui furent progressivement organisés en provinces. La direction de ces provinces fut confiée à des gouverneurs envoyés de Rome. L'exercice de la juridiction était une des attributions les plus importantes de ces gouverneurs.

La question est de savoir si l'on a utilisé le *vadimonium* pour assurer la comparution du défendeur devant eux, au lieu où ils rendraient la justice, c'est-à-dire au siège du *Conventus*.

Les *Conventus* étaient des assises judiciaires tenues dans les principales villes de chaque province par le gouverneur ou en son nom. C'était une juridiction re-

(1) D., 5, 1, 2, 3 à 6. 28, 1.

produisant les éléments de forme et de fonds de la procédure romaine.

Un premier trait nous fait tout d'abord penser que le *vadimonium* trouvait dans la procédure provinciale, comme il l'avait fait dans la procédure municipale italique, un champ d'application assez propice. Quoique les sources ne fassent pas savoir d'une façon précise et complète tous les sièges de *Conventus* et qu'il faille se contenter de renseignements descriptifs puisés dans Cicéron ou dans Pline, on peut néanmoins avancer que la composition des circonscriptions et la répartition des chefs-lieux n'obéissaient pas à des règles fixes et que précisément les chefs-lieux de *Conventus* étaient éloignés les uns des autres, chaque *Conventus* englobant le territoire de plusieurs cités, ou suivant les cas, embrassant plusieurs *gentes*.

Il pouvait arriver que les justiciables dépendant d'un même chef-lieu de *Conventus* fussent domiciliés assez loin, et les demandeurs soucieux de leurs intérêts devaient songer à assurer la comparution de leur adversaire lors de la réunion du *Conventus*. Le *vadimonium* romain s'offrait là comme le procédé le plus commode et le plus qualifié pour obtenir la présence du défendeur au procès.

D'un autre côté, les renseignements qui nous sont parvenus sur la façon dont fonctionnait les tribunaux hors de Rome et sur la procédure provinciale en général, nous révèlent-ils dans celles-ci des caractères in-

conciliables avec la pratique du *vadimonium*? Il ne le semble pas.

Tout au contraire, des textes très importants présentent le *vadimonium* comme fonctionnant en Sicile. Nous devons chercher à établir ce point et à le justifier contre des théories opposées, au moyen de renseignements fournis par les *Verrines* de Cicéron.

Si, comme il est probable, on peut arriver à distinguer, dans la procédure civile sicilienne, la procédure de citation et le *vadimonium*, marchant côte à côte, analogues et connexes, mais répondant à deux besoins séparés, on aura déjà établi que certaine procédure de citation usitée dans les provinces de l'Empire ne s'oppose pas à l'application du *vadimonium*. Et en voyant les deux éléments coexister dans la province de Sicile, il ne sera plus impossible d'admettre, pour d'autres provinces, où un seul des deux éléments est révélé par les sources, que l'autre a eu tout au moins des chances de s'introduire.

Un passage de Cicéron (1) présente en effet le *vadimonium* comme usité en Sicile : *Jam vero illud non solum contra legem Hieronicam nec solum contra consuetudinem superiorum, sed etiam contra omnia jura siculorum quæ habent a senatu populoque romano, ne quis extra suum forum vadimonium promittere cogatur. Statuit iste ut arator decumano, quo vellet decumanus, vadimonium*

(1) Cicéron, *In Verr.*, 3, 15, 38.

*promitteret, ut hic quoque Apronio, cum ex Leontino usque ad Lilybæum aliquem vadaretur ex miseris aratoribus calumniandi quæstus accideret.*

On a soutenu (1) que la forme de procédure sicilienne désignée par Cicéron sous le nom de *vadimonium* ne serait pas un vrai *vadimonium*, mais une citation à comparaître à un jour fixé pour un acte appelé *dicam scribere*, citation faite par le demandeur devant témoins et avec communication des motifs de la plainte au magistrat. Il n'y aurait donc aucune promesse du défendeur de comparaître et encore moins, constitution de cautions. En particulier, M. Voigt dit qu'à l'époque de la République, la procédure sicilienne se rapprochait bien plus de la procédure civile hellénique que de la procédure romaine. L'évolution historique serait, dans le sens du développement extra-romain de la procédure de citation dans le vieux droit sicilien et dans le droit plus récent (2).

En partant de cette notion, on doit reconnaître comme principe de l'institution sicilienne la *προσκλησις* grecque, ou bien la *litis denuntiatio* romaine ; le nom de *vadimonium* aurait été appliqué à cet acte d'introduction de la

(1) Voigt, *Ueber des vadimonium*, pp. 340 et ss.

(2) M. Voigt, *op. cit.*, p. 343, cite comme exemple Syracuse où une commission à la tête de laquelle se trouvait Dioclès, opéra une révision et une codification du vieux droit dorien (Diod., 13, 34, 6 ; 35, 1, 2). Cette législation se fit remarquer, paraît-il, par une telle équité, qu'elle se répandit dans toute la Sicile et devint la base du droit civil sicilien,

procédure, mais à tort, en réalité, uniquement parce que cette citation, comme le vrai *vadimonium*, fixait un terme de comparution *in jure*.

Cependant ces raisons ne sont pas décisives. Il est exact que, dans le droit civil athénien, l'introduction de la procédure était régulièrement faite au moyen d'une citation du défendeur par le demandeur devant témoins, qu'un exposé des motifs de la plainte était joint et que le demandeur, à titre exceptionnel, pouvait exiger des cautions pour garantir la comparution, *εγγυοι εμφανειας* (1). Mais la conséquence que l'on en tire pour la procédure civile sicilienne à l'époque antérieure à la domination romaine est peu sûre, parce que Syracuse était une colonie corinthienne, par suite, d'influence dorique ; le rapport d'analogie (2) du droit dorien avec le droit athénien n'est rien moins qu'évident ; et cependant c'est le droit dorien qui, parti de Syracuse, se répandit en Sicile (3). Dès lors sur quoi se fonde l'allégation que la forme attique d'introduction de la procédure existait en Sicile à l'époque antérieure à l'influence romaine ? il faudrait une preuve décisive pour établir ce fait contraire aux vraisemblances générales.

Il est également difficile d'admettre que Cicéron voie, sous le *vadimonium* de la procédure sicilienne, une

(1) V. Voigt, *op. cit.*, p. 345.

(2) Kipp, *Die Litisdenuntiatio als Prozesseinleitungsform*, pp. 152 et ss.

(3) Voy. plus haut la citation de Cicéron, *In Verr.*, 3, 45, 38,

notification à comparaître, unilatérale de la part du demandeur ; la raison décisive en est que Cicéron parle de *vadimonium promittere* et entend le *vaadri* dans le sens d'une sommation faite de constituer un *vadimonium*.

La sommation unilatérale du demandeur ne peut pas avoir obligé le défendeur à comparaître ; il fallait la promesse du défendeur comme dans tout *vadimonium* ; mais, comme Cicéron lui-même le laisse entendre, ce ne paraît pas avoir été un *vadimonium eum satisfactione* (1).

Pourrait-on voir une preuve qu'il ne s'agit que d'une procédure de citation, dans ce fait que, d'après Cicéron lui-même, à côté du *vadimonium*, on indiquait le tribunal devant lequel le demandeur déposait sa citation à comparaître pour le *dicam scribere* ? (2).

Mais 'est ici qu'il importe de ne pas confondre deux choses qui doivent être séparées, le *vadimonium*, c'est-à-dire la garantie d'une comparution judiciaire, et la citation en justice, c'est-à-dire un acte faisant partie de la procédure elle-même, et par lequel s'ouvre celle-ci. Cicéron parle de *vadimonium promittere* en des termes qui ne font pas doute ; quant aux modes d'introduction de la procédure dans les provinces, il convient d'autant moins de les confondre avec le *vadimonium*

(1) Cf. Degenkolb, *Die Lex Hieronica und das Pfändungsrecht*, Berlin, 1861.

(2) Voy. Voigt, *loc. cit.*

qu'ils nous sont imparfaitement connus et que ce que nous en savons n'autorise déjà pas la confusion.

En effet, autre chose est faire promettre avec garantie à un individu qu'il se présentera en justice, autre chose est introduire une action en justice et même y citer son adversaire. [Dans le premier cas c'est une convention acceptée des deux parties, qui intervient ; dans le second, c'est un acte unilatéral de la part du demandeur, s'adressant à l'autorité publique.

Quels étaient les traits essentiels de l'introduction de la procédure dans la province ? Comment arrivait-on à porter l'affaire devant le *Conventus* ?

La difficulté porte sur le point de savoir, étant donné la division de l'instance en deux phases, à quel moment prenaient place les deux actes mentionnés par les sources, le *dicam scribere* et le *dicam sortiri*, et quel en était par suite le caractère ?

Il faut, croyons-nous, partir de ces deux considérations : que toute la procédure *in jure* devait avoir eu lieu avant la *dicarum sortitio* : celle-ci en effet est l'acte par lequel on tire au sort soit simplement les juges de chaque procès (*sortitium judicum*), soit en même temps les procès eux-mêmes, pour déterminer leur rang d'expédition (1), et, ensuite que le *dicam scribere* devait

(1) Si l'on ne peut pas préciser exactement, laquelle des deux opérations constitue la *dicarum sortitio*, on est d'accord pour reconnaître que ce ne peut-être que l'une ou l'autre ; dans les deux cas il est également nécessaire que la procédure *in jure* ait été accomplie.

précéder d'au moins trente jours (loi Rupilia) la *dicarum sortitio* et non pas le *Conventus*.

Bethmann-Hollweg identifie *dicam scribere* et *litem denuntiare*, et les assimile à une notification verbale ou écrite du demandeur au défendeur, dans laquelle ce dernier est averti de la prétention du demandeur et est sommé de comparaître au *Conventus*. Bethmann-Hollweg attribue à cette sommation l'effet d'autoriser la procédure d'exécution contre le défendeur, si celui-ci ne comparait pas et estime que le délai de trente jours de la loi Rupilia devait précéder le *Conventus*, délai au début duquel la citation (*dica*) devait être insinuée au défendeur.

Mais avec cette théorie on arrive aux plus grandes difficultés. Cicéron le dit nettement, le délai de trente jours de la loi Rupilia n'a rien à voir avec l'ouverture du *Conventus* ; il est supputé en arrière du terme de *sortitio* seulement. En s'en rapportant à l'idée de Bethmann-Hollweg, si le *dicam scribere* extrajudiciaire doit avoir lieu au moins trente jours avant le terme de *sortitio* et doit comporter citation pour ce jour-là, toute la procédure *in jure*, y compris le choix et la nomination du juge, est concentrée dans ce jour-là pour toutes les affaires du *Conventus* : c'est impossible.

Il est certain que la *dicarum sortitio* a lieu pendant le *Conventus* et que, si l'assise du *Conventus* est indépendante du *dicam scribere* au point de vue du délai, son indépendance n'est que relative, puisque le *dicam*

*sortiri* est une opération même du *Conventus*. Quoi qu'il en soit, au moment où il sera procédé à la *dicarum sortitio*, on s'apprêtera à entrer dans la phase du *judicium* et la procédure *in jure* sera terminée.

Mais alors ne peut-on pas dire que le *dicam scribere* sera l'accomplissement de la procédure *in jure*, excepté la nomination du juge ? C'est impossible encore, à cause du langage de Cicéron, qui entend clairement le *dicam scribere* comme un acte du demandeur : *Scribitur Herachio dica. Interea dies advenit, quo die sese dies advenit ex instituto ac lege Rupilia dicas sortiturum Syracusis iste (Verres) edixerat.*

La vérité pourrait être cherchée du côté des théories qui considèrent la *dicarum scriptio* comme une sorte de remise de la plainte au magistrat avec *editio actionis* (1) ; c'est avec ce caractère que Plaute présente le *dicam scribere* dans l'*Aulularia* (2).

Quels que soient les caractères précis de l'acte de l'introduction de l'instance auprès du magistrat, aucun ne fait obstacle à l'emploi du *vadimonium*, car l'utilité de celui-ci est distincte, tendant à protéger le demandeur contre les risques de l'absence du défendeur.

Aussi c'est tout naturellement que, dans les *Verri-nes*, Cicéron (3) a parlé du *vadimonium* en même temps

¶(1) V. Hartmann-Ubbelohde, *Der Ordo judiciorum*, p. 444 ; Rudorff sur Puchta, *Institutionen*, 2, 184 c ; 1, 158 w ; Voigt, *op. cit.*, p. 342.

(2) 4, 10, 30.

(3) *In Verr.*, 2, 2, 24, 59.

qu'il signalait la procédure de *dicarum scriptio* usitée en Sicile. Il n'est pas nécessaire et, de plus, il est erroné de chercher à les confondre.

Pour les autres provinces, nous n'avons pas de textes qui parlent expressément du fonctionnement simultané du *vadimonium* et de la citation à comparaître ; mais déjà nous savons que ces deux systèmes ne sont pas incompatibles et qu'au contraire ils se complètent l'un l'autre. De plus, deux sources de nature différente, quoique également sûres, permettraient quelques inductions.

D'abord un texte de Pline (1) parle du *Conventus* et du *vadimonium* dans un même passage relatif à l'Espagne. Ce rapprochement fournit un appoint à la thèse de l'admission du *vadimonium* dans la procédure des *Conventus* et de sa coexistence à côté des actes de *dicarum scriptio*, si l'on songe au mode d'introduction de l'instance devant les *Conventus* en général.

Ensuite les papyrus de Berlin nous révèlent, dans la province d'Égypte, l'existence d'un système de procédure analogue à celui de la Sicile.

Dans les papyrus auxquels nous faisons allusion, deux choses attirent l'attention : la production de *libelli*, demande judiciaire rédigée par écrit : les papyrus grecs ne sont eux-mêmes qu'une collection de ces *libelli* de nature différente. Tout motif d'action en justice pou-

(1) *Histor. Nat.*, 3, 3, 26.

vait être consigné ainsi, qu'il fût de nature pénale ou civile, dans le *libellus* (1).

Ensuite, les sources en question mentionnent à plusieurs reprises, l'existence d'un *καταχωρισμος*, liste des procès à trancher, sorte de registre du greffe, qui était présenté au stratège pour être enregistré et remis ensuite par les soins de celui-ci au gouverneur, au moment du *Conventus*. La mission du stratège ne se bornait pas à cela seulement, il devait auparavant, une fois le *libellus* enregistré au greffe, en faire parvenir un exemplaire au défendeur.

N'y aurait-il pas là un mécanisme symétrique au *dicam scribere*, tel qu'il fonctionne en Sicile et tel que nous le représentent Plaute et Cicéron. Il y a bien des analogies, pour que nous puissions en inférer de la procédure égyptienne à celle de Sicile. En effet parmi les documents transmis, il en est un (2) très caractéristique duquel il résulte que le stratège faisait parvenir au défendeur, par un employé subalterne, la communication du *libellus* et que le défendeur prenait ainsi connaissance des motifs de la plainte (3).

(1) Il n'y a pas lieu ici de se demander par quelles autorités intermédiaires passaient ces pièces, ni à discuter le point de savoir de quelle nature, pénale ou civile, étaient exactement les documents transmis, chacun en particulier. Cf. Mitteis, *Hermès*, 30, p. 569; Gradenwitz, *Einführung in die Papyrskunde*, Leipzig, 1900.

(2) P. 7320: n° 226 dans *Ägyptische Urkunden (griechische)*, 8<sup>e</sup> fasc., Berlin, 1893. Mitteis, *loc. cit.*, p. 572; voy. en outre Mitteis, *Corpus papyr. Raineri*, p. 79 et *Hermès*, 1897, pp. 644-649 et t. 34, pp. 97-98.

(3) Le *libellus* était reproduit à un certain nombre d'exemplaires

En combinant les renseignements donnés par les Verri-nes et les papyrus grecs, on peut arriver à reconstituer, non sans lacunes toutefois, l'introduction de la procédure : le demandeur fait inscrire sa demande (*libellus*) au καταχωρισμος (1). L'enregistrement et la notification au défendeur sont assurés par des fonctionnaires spéciaux, en Egypte, les stratèges, qui préparent ainsi la juridiction du gouverneur. Ce magistrat reçoit donc la liste de toutes les affaires au commencement du *Conventus* (2).

La *dicarum scriptio* est accomplie, mais non pas la procédure *in jure* (3).

Maintenant, à part le point certain que la *dicarum scriptio* doit être séparée de la *dicarum sortitio* par un délai de 30 jours (4), on en est, pour la suite, réduit aux conjectures.

dont un était conservé aux actes du greffe (καταχωριζεντος τουδε) tandis qu'un duplicata (αντιγραφον) était remis au défendeur par voie administrative ; un indice de la pluralité des libelles se trouve dans les *Fragm. Val.*, 167 ; il y est également fait allusion dans les dispositions de Constantin « : *denunciatio apud provinciarum rectores vel apud eos quibus actorum consiciendorum jus est* ».

(1) *Scribitur Heraclio dica* = διο επιδιδωμι εις το εν καταχωρισμω γενεσθαι τοδε το βιβλιδιον.

(2) Dans les papyrus grecs, il est parlé du *Conventus* aux n<sup>os</sup> 226 et 168.

(3) V. Cicéron, *In Verr.*, 2, 15, 37.

(4) Un élément d'incertitude est apporté par le n<sup>o</sup> 242 mutilé des papyrus grecs ; on lit : επιδιδωμι τοδε το βιβλιδιον και αξιω εν καταχωρισμω τουτο γενεσθαι ακουσai τε του προς αυτον [.....] υρητου αποδειξω εν τη [.....] ατη ημερα [.....] ντα πλειστους καμηλους κτλ. ; le mot incomplet (.....) ατη était important dans la phrase ; Mitteis, *l. c.*, conjecture qu'il n'y a point matériellement place pour intercaler

M. Voigt (1) estime qu'après le *dicam scribere* la marche de la procédure était suspendue pendant les 30 jours ; que, ce délai expiré, le magistrat avait le droit d'accorder un nouvel ajournement, total, pour l'ensemble des affaires, ou partiel, pour quelques-unes seulement (2). A l'expiration de ce délai, le magistrat devait avoir terminé l'instruction de l'affaire *in jure* en écoutant les explications du défendeur. Il lui était nécessaire, en effet, de savoir si l'affaire comportait une suite : c'est alors qu'aurait eu lieu la *dicarum sortitio*, et la fixation du jour pour la procédure *in judicio*.

Le système introductif d'instance pratiqué en Egypte est-il si foncièrement différent de celui qui a fonctionné en Sicile ? Non pas. Pour la Sicile, nous connaissons la *dicarum scriptio* ; pour l'Egypte, la remise d'un *libellus* et son inscription au *καταχωρισμος* : dans ce dernier cas seulement nous savons que la citation était remise par

*τριακοστη* et il corrige en substituant trois lettres [δεξ] *ατη*. Il y aurait donc là un nouveau délai de 10 jours, indépendant du délai de 30 jours de la loi Rupilia ; quel en était l'objet ? c'était peut-être le temps dans lequel devaient avoir lieu les opérations préalables au *Conventus*, notamment l'enregistrement de la plainte du demandeur, le *dicam scribere* au sens strict.

(1) *Op. cit.*, p. 342.

(2) Le droit pour le magistrat d'ordonner un délai spécial de prolongation est fort contestable. Il ne saurait trouver d'appui dans la manière d'agir de Verrès, que signale Cicéron. En voulant déplacer le *dies sortitionis* pour le procès d'Héraclius, Verrès commettait un abus de pouvoir, qui ne prouve nullement que le magistrat eut le droit de prolonger arbitrairement le délai. — Voy. Voigt, *op. cit.*, p. 342, n. 110.

écrit ; nous n'en sommes pas certain en ce qui concerne la Sicile ; mais outre que cela est possible, la différence n'est pas si considérable, et en dépit des formes assez diverses qu'a pu revêtir la procédure introductive dans les provinces au sujet desquelles nous ne savons rien, l'existence presque universelle des *Conventus* dans les provinces nous édifie suffisamment sur le genre des actes qui introduisaient la procédure et par suite nous donnent à penser qu'il y a eu peut-être bien place pour le *vadimonium*.

## CHAPITRE IV

### LE VADIMONIUM EXTRAJUDICIAIRE.

A côté de la destination première qu'avait reçue le *vadimonium*, de renvoyer à un autre jour pour être continuée la procédure *in jure* déjà commencée, il arrivait souvent, à l'époque de la République, déjà au temps de Cicéron et dans les temps qui suivirent, que les parties s'engageassent à comparaître devant le magistrat par un *vadimonium* extrajudiciaire (1).

L'*in jus vocatio* était un procédé assez brutal et d'un caractère archaïque ; elle imposait au défendeur l'obligation de suivre immédiatement le demandeur sous peine d'y être contraint par la force. Ce point de droit appelait un perfectionnement dont la réalisation appartenait au préteur. Quelle fut la portée de la réforme et surtout quelle en fut la nature ? Ces questions ont été vivement controversées.

(1) Cicéron, *Pro Quinct.*, 5. 6. 19. 21. 28 ; *Pro Tullio*, 20 : *Appellat Fabius, ut aut ipse Tullium deduceret aut ab eo deduceretur. Dicit deducturum se Tullius, vadimonium Fabio Romam promissurum.* Afin de ne pas obliger Fabius à avoir recours à l'*in jus vocatio*, Tullius consentait à s'engager par stipulation à comparaître à Rome : c'était une preuve de courtoisie que les gens de bonne société se donnaient réciproquement. Cf. Jobbé-Duval, *Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains*, p. 469 ; Maria, *le Vindex*, p. 238 ; Tite-Live, 23, 32.

Une doctrine enseigne que l'*in jus vocatus* aurait eu la faculté, au lieu de suivre immédiatement son adversaire, de s'engager par stipulation, en engageant à côté de soi des fidéjusseurs, à comparaître devant le magistrat. Cette théorie a été soutenue notamment par Rudorff (1), Keller (2) et Muther (3).

Ce dernier auteur admet d'abord, conformément à la doctrine ci-dessus exposée, que le défendeur s'engageait par stipulation à se présenter à jour déterminé, *in jure* ; à payer, dans le cas où il ne comparaitrait pas, une *summa vadimonii* ou le *quantum ea res est*, ou même promettait simplement de *sistere*, tout cela en fournissant des *satisfactions*. Mais de plus, cet auteur accorde une liberté plus grande au défendeur poursuivi : sans aucune stipulation ni constitution de caution, simplement en s'engageant à comparaître à un jour fixé par un simple pacte dénué de toute formalité, mais garanti par une caution réelle (gage ou hypothèque) le défendeur pourrait se soustraire à l'*in jus vocatio* (4).

(1) Rudorff, *Römische Rechtsgeschichte*, 2, p. 212.

(2) Keller, *Römische Civilprocess*, § 47, n. 548.

(3) Muther, *Sequestration und Arrest*, p. 108.

(4) Pour la démonstration, voy. *Sequest. u. Arr.*, pp. 110-111. — En ce qui concerne la nature des garanties l'édit exige un *idonee cavere*. Quelle *cautio* était *idonea* ? Muther déduit que c'était une question de fait à apprécier dans chaque cas d'après les convenances du défendeur et les circonstances particulières ; on devait aussi prendre en considération les moyens dont pouvait disposer le défendeur ; mais le moins que pût réclamer le demandeur était une caution réelle, par voie de constitution de gage. Ulpien, *D.*, 40, 5, 4, 8 : *Cavendum est idonee ; quid est idonee ? satisfato utique aut pi-*

En somme, d'après la théorie que nous venons d'exposer, l'édit aurait laissé à l'*in jus vocatus* l'option entre deux termes : ou bien suivre immédiatement le demandeur, ou bien fournir un *vadimonium* extrajudiciaire ; dans les deux cas, la décision prise serait unilatérale, émanant directement du défendeur.

A l'appui de cette doctrine, on cite deux passages du Digeste, d'abord la rubrique *In jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent* (2, 6) et la loi 5, 1, *Qui satisd.* (2, 8).

Nous croyons que c'est au *vindex* que se rapportent les textes invoqués par les partisans de ce système. Les travaux de Karlowa (1) et de Lenel (2) ont donné sur ce point des résultats à peu près définitifs. Nous devons suivre leurs développements. La rubrique citée du Digeste *In jus vocati...* est l'œuvre certaine des compilateurs. *Cautum dare* ou *cautum promittitur* (D., 2, 10, 1) ne sont pas des expressions qu'on rencontre dans l'Édit ni chez aucun jurisconsulte classique. La constitution d'un *vindex* était toujours le seul moyen, pour l'*in jus vocatus*, d'échapper à l'obligation de comparaître. Le *vindex* devait, au lieu et place du défendeur, suivre le demandeur *in jus* et là, primitivement en des

<sup>4</sup>*gnoribus datis. Sed si ei fides habita fuerit promittenti sine satisfactione, idonee cautum videtur.*

(1) Cf. Karlowa, *Röm. Civilprocess*, pp. 330 et ss.

(2) *Zeitschr. Sav. Stift.*, 2, pp. 43 et ss., *Edictum perpetuum*, pp. 54 et ss.

formes solennelles prescrites par le préteur, garantir la comparution future du défendeur.

Plus tard la solennité de formes disparut et la promesse d'exhiber faite par le *vindex* put être fournie à un des officiers du préteur au lieu de l'être à lui-même ; la simple inscription au rôle par un des scribes finit par être suffisante.

Tel était le *vindex* de l'Edit prétorien qui ne doit pas être confondu avec le *fidejussor qui vocatum sisti promittit*.

Partout où il était question du *vindex*, dans l'Edit et les commentaires sur l'Edit, les compilateurs ont substitué à ce mot : *fidejussor judicio sistendi causa*.

L'interpolation est manifeste. Gaius, 4, 46, parlant des formules placées sous la rubrique de *in jus vocando*, dit : *adversus eum, qui in jus vocatus neque venerit neque vindicem dederit*. Comparons avec ce passage la rubrique du Digeste, 2, 6, *In jus vocati ut eant aut satis vel cautum dent*, que les partisans du système opposé invoquent pour leur défense : il apparaît que cette dernière est interpolée et que la rubrique de l'Edit portait : *In jus vocati ut eant aut vindicem dent*. Dès lors nous devons voir un *vindex* dans ce *fidejussor* de la rubrique du titre des Pandectes ; le *vadimonium* est traité beaucoup plus loin dans l'Edit (1).

Ensuite un *sponsor* ou un *fidejussor* véritable serait

(1) Ulpien, livre 7 ; Paul, livres 6 et 7 ; Gaius, livre 2 : *ad Ed.*

poursuivi par l'action *ex stipulatu* : or contre ce soi-disant *vas* = (*fidejussor iudicio sistendi causa*) il est délivré une action prétorienne *in factum* sur *quanti ea res erit*.

Enfin le garant du *vadimonium* s'engage à *reum certo die sisti* ; ce *fidejussor* promet que le défendeur comparaitra un jour, et il ne peut être poursuivi que si un décret du préteur lui ordonne d'exhiber le *reus* à une époque déterminée, et seulement si l'exhibition n'a pas lieu (1).

En ce qui concerne l'autre texte, la loi 5, 1, *D.* 2, 8 : *qui pro rei qualitate evidentissime locupletem iudicio sistendi causa non acceperit : injuriarum actio adversus eum esse potest, quia sane non quælibet injuria est duci in jus eum, qui satis idoneum fidejussorem det*, etc...., on a discuté pour savoir si, dans ce passage, *fidejussor iudicio sistendi causa* avait été interpolé au lieu de *vadimonium* ou au lieu de *vindex*. Nous pourrions répéter pour ce texte ce que nous disions pour le précédent ; il est à

(1) En ce sens Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprocess*, 2, p. 198 ; Rudorff, *Die Processeröffnung nach dem Edict*, *Zeitschr. f. R. Gesch.*, 4, pp. 35 et ss. ; Karlowa, *op. cit.*, pp. 330-331 ; Lenel, *Edict. perp.*, p. 54 ; *Zeitschr. Sav. Stift.*, 1881, pp. 45 et ss. ; Kipp, *Die Litisdenuntiatio*, pp. 111-113 ; Girard, *Manuel de Droit romain*, p. 969, n. 2. — En sens contraire Gauckler, *N. R. H.*, 1889, p. 628, n. 1. M. Gauckler fait grand cas du témoignage d'Aurelius Victor, *De Cæsar.*, 16, 9, qui attribue à Marc-Aurèle la suppression des *vadimonia* : c'est cette suppression qui rendrait compte de la disparition du terme de *vadimonium* dans les textes du *Dig.* et de l'interpolation du *fidejussor iudicio sistendi causa*. Mais ce témoignage d'Aurelius Victor est de valeur médiocre et ne peut entrer en comparaison avec les indices très visibles dans les textes de Gaius, Paul et Ulpien, qui rappellent, sous le nouveau *fidejussor*, l'ancien *vindex*.

noter spécialement que ce *fidejussor* est qualifié *pro rei qualitate locuples* : c'est là un trait qui se rapporte au *vindex*, que l'on rencontre dans le *vindex* de la loi Rubria et dans les textes du Digeste qui y étaient consacrés (1).

Si l'interprétation ci-dessus donnée des deux textes du Digeste, est exacte, par là, dès lors, tombe la théorie qui voulait que sous l'influence de l'édit prétorien l'*in jus vocans* eût été obligé de se contenter d'un *vadimonium* extrajudiciaire.

Le *vadimonium*, comme moyen d'introduction de l'instance, apparaît comme un procédé purement conventionnel, libre des deux côtés, dont le trait caractéristique consistait en ce que l'obligation du défendeur de comparaître devant le tribunal à jour fixé, se fondait sur un contrat synallagmatique passé entre le demandeur et le défendeur, soit avec l'intervention de *satisfactiones*, soit sans elle. Car on ne saurait prétendre que la *satisfactio* ait été requise, si l'on admet la nature absolument libre, bilatérale du *vadimonium* extrajudiciaire.

(1) Ulpien, 5, *ad Ed.*, D. 2, 8, 2 *pr.* et 2 ; Paul, 1, *ad Ed.*, D., 2, 6, 1 ; 4, *ad Ed.*, D., 2, 6, 3.

## CHAPITRE V

### LE VADIMONIUM ET LE JUDICIUM.

La marche de la procédure comportant deux phases bien distinctes dont le lien, l'époque et l'objet étaient indépendants les uns des autres, on peut se demander si le *vadimonium* ne trouvait pas place au seuil de la procédure du *judicium*, comme nous l'avons vu fonctionner pour la phase du *jus*. La comparution du défendeur devant le juge a-t-elle été assurée au moyen d'un *vadimonium* ?

Cette question a été la matière de discussions abondantes et minutieuses ; on a dit autant pour l'affirmative que pour la négative. Il convient de suivre pas à pas chacune des propositions qui ont été mises en avant, pour établir ensuite et justifier la solution la plus probable.

Dans le sens de la négative on a tout d'abord invoqué un texte du Pseudo-Asconius (1), où il est dit : *litigantes accepto judicio non stipulationibus mutuis promississe, sed denuntiatione tantum reciproca se invicem monuisse, ut adessent apud judicem*. Il ressort clairement de ces

(1) Pseudo-Ascon., *Ad Cicer. in Verr.*, Act. 2, lib. 1, c. 9.

mots qu'aucune stipulation, aucun *vadimonium* donc, n'intervenait à la suite de la *litis contestatio*.

Cependant le passage du Pseudo-Asconius ne trouve sa signification primitive et originale que si on le rapproche de cette autre proposition : *Comperendinatio est ab utrisque litigatoribus invicem sibi denuntiatio in perendinum diem. Namque quum in rem aliquam agerent litigatores et pœna se sacramenti peterent, poscebant judicem qui dabatur post trigeimum diem, quo dato deinde inter se comperendinum diem, ut ad judicem venirent, denuntiabant* (1). Cela faisait dire à un ancien auteur, Voorda, que l'on se trouvait en présence d'une simple *denuntiatio*, et non pas d'un *vadimonium* (2).

Si l'on pouvait faire fond sur les affirmations du Pseudo-Asconius, il n'y aurait, pour ainsi dire, pas de question, car ces termes paraissent bien faire ressortir l'existence d'un *vadimonium* après la *litiscontestatio*.

Mais on a élevé, non sans raisons, les doutes les plus sérieux sur la valeur et même sur l'authenticité des fragments rapportés du Pseudo-Asconius. Il a même été dit que les passages que nous avons cités plus haut n'étaient pas du scoliaste ancien mais d'un commentateur moderne. Aussi n'insistons pas et voyons quels arguments positifs on a fait valoir en faveur de la théorie qui admet l'existence d'un *vadimonium* après la *litiscontestatio*.

(1) A rapprocher des termes de Gaius, 4, 15.

(2) En ce sens Glück, *Opuscula juridica*, Fasc. 2, *Diss. de via petendæ, restitutionis in integrum*, cap. 2, 13, p. 337. En sens contraire, Jac. Gothofredus, *Collectio legum* 12, tab. 2, *in not.*

Rudorff, qui est partisan de ce système, rapproche trois textes : un, de Macrobe (1) : *Comperendini, quibus vadimonium licet dicere* ; un autre, de Festus : *Res comperendinata significat judicium in diem tertium constitutum* ; et Gaius, 4, 15.

De la combinaison de ces trois textes, il semble résulter qu'au cas de *comperendinatio*, un *vadimonium* pouvait obliger le défendeur à comparaître *in judicium*.

On ne peut nier qu'au premier abord cette combinaison soit séduisante ; mais néanmoins il est fort possible que les deux mots du texte de Macrobe, *comperendini dies* aient une autre signification. Il paraît avoir été d'usage que le préteur convoquât les parties au *dies perendinus* (2). Remarquons d'ailleurs que les données de Macrobe sont assez anciennes (il y est question de *dies comitalis* et de *status dies cum hoste*).

Ne peut-on pas conjecturer que les parties, antérieurement à la loi Pinaris (qui créa le délai de 30 jours) avaient à comparaître le troisième jour devant le préteur pour organiser le *judicium* ? Les expressions de Macrobe se rapporteraient alors à cette deuxième comparution devant le préteur.

De plus, il se peut que le texte de Macrobe se rapporte au *vadimonium* des XII Tables et non au *vadimonium* récent : cela tendrait à écarter tout rapprochement entre le texte de Macrobe et ceux de Gaius et de Festus.

(1) *Saturnal.*, 1, 16.

(2) Aulu-Gelle, *Nuits Att.*, 7, 1, *in fine*,

D'ailleurs Rudorff modifia, par la suite, son opinion ; il admit aussi qu'un lien de *comperendinatio* peut avoir lieu *in jure* (1). Nous verrons plus loin quelle attitude il prit définitivement en présence de la négative qui semble bien la solution la meilleure.

M. Voigt (2) qui reconnaît aussi que le *vadimonium* n'avait pas d'application après la *litis contestatio*, repousse cependant l'explication ci-dessus : d'après cet auteur, il serait tout à fait impossible d'admettre l'existence d'un délai de 3 jours entre deux comparutions *in jure*, le système des *dies nefasti* s'y opposant.

Ensuite les délais fixés par les textes juridiques seraient tout différents ; dans la *legisactio sacramenti*, la loi Pinaria fixa un délai de 30 jours, et dans les autres procédures la durée du délai dépendait du pouvoir discrétionnaire du magistrat.

Mais, précisément, nous avons supposé avec des indices sérieux que le texte de Macrobe faisait allusion à un état de choses antérieur à la loi Pinaria, état de choses dans lequel le prêteur n'avait pas encore libre initiative dans la direction du procès (3).

(1) Rudorff, *Römische Rechtsgeschichte*, 2, p. 214 ; Aulu-Gelle, *l. c.*, 10 ; Valère-Maxime, 3, 7, 4.

(2) V. *Ueber das Vadimonium*, p. 344.

(3) M. Voigt, *l. c.*, fait une application du texte de Macrobe à la procédure des récupérateurs : conjecture pour conjecture, celle-ci ne manque pas de tout fondement ; il établit un rapport entre le *status dies* dont parle Macrobe et la *comperendinatio*. L'expression *status dies* est étrangère à la procédure civile ; elle appartient à la procédure de *recuperatio* : par l'intermédiaire du *status dies*, Voigt

Le *vadimonium* n'apparaît avec son utilité que pour la période antérieure à la *litis contestatio*, il a pour but de faire comparaître les parties un certain jour (1). Si elles se sont présentées devant le prêteur, le *vadimonium* qui a permis à la procédure de commencer est exécuté, et désormais sans objet.

S'il y avait un *vadimonium* obligeant les parties à comparaître devant le *judex* le troisième jour après l'*ordinatio judicii*, ce devait être pour le cas où les parties s'entendaient à reculer le jour fixé par l'*ordinatio*. Au lieu de cela, Gaius nous apprend que les parties, une fois le juge nommé, s'étaient fait une *denuntiatio* à fin de comparaître devant le juge au *comperendinus dies*. Cette *denuntiatio* eût été superflue, si le même but avait été atteint par un *vadimonium*.

On a essayé de prétendre, en se fondant sur un passage du Pseudo-Acro (2), *vador te et vador ad te, id est, voco te ad iudicium*, que le *vadimonium* se référait uniquement à la phase du *iudicium*. Ce passage dit, en effet, que le défendeur, sommé en vertu du *vadimonium* est : *ad iudicium vocatus*, et qu'il doit répondre à son

découvre le *vadimonium* de *comperendinatio* dans la procédure devant les récupérateurs. Ce serait le moyen indispensable par lequel le demandeur s'assurerait la marche du procès. Sans ce *vadimonium* le défendeur pourrait profiter du délai de *comperendinatio* pour s'enfuir, ce qui mettrait le demandeur à sa merci. Voy. cepend. Wlassak, *Processges.*, 2, pp. 43 et ss.

(1) Gaius, 4, 184 ; Aulu-Gelle, N. A., 7, 1, *in fine* ; Hartmann, *Contumacialverfahren*, p. 239.

(2) *Ad Horat. Sat.*, 9 (Ed. Hauthal, 2, p. 156).

adversaire *in judicio*. Mais qui dit que Pseudo-Acro limitait sa pensée au *judicium* entendu *stricto sensu*? avait-il seulement en vue l'opération devant le *judex*? il faudrait d'abord s'entendre sur le sens juridique du mot *judicium* tel qu'il est compris par les documents antéjustiniens et postjustiniens, par les écrits littéraires et les commentaires des jurisconsultes (1).

Autant il est important d'opposer en principe le *jus* au *judicium*, autant il convient de ne pas appliquer cette distinction quand il n'y a pas lieu. En effet, l'expression *judicium* n'est pas, de sa nature, réservée au rôle du *judex*, mais elle s'applique aussi bien à l'opération judiciaire tout entière, entendue *lato sensu*. Toutes les fois que l'on rencontre par exemple l'expression *ad judicium provocare* (2), il serait étrange que l'on tire du mot *judicium* cette conséquence que le *provocans* ne veuille précisément se prêter qu'au *judicium* devant le *judex*, en laissant de côté l'opération préalable et nécessaire *in jure* (3). Il ne faut pas penser ici invariablement à des interpolations de Justinien ; il suffit de lire les passages cités en note, pour voir qu'aucune raison n'aurait pu pousser les compilateurs à transformer dans

(1) Voir à la fin du chapitre la question des rapports entre eux des mots *judicium*, *vadimonium*, *actio*, *formula*.

(2) *D.*, 5, 1, 13, 14 ; *D.*, 10, 3, 2, 1 ; *D.*, 22, 1, 24, 1.

(3) La même chose peut être dite des expressions *ad judicium occurrere*, *D.*, 2, 11, 2, 2 ; *in judicium vocare*, *D.*, 2, 8, 2, 2 ; 2, 10, 3, *pr.* ; 5, 1, 79 ; 26, 7, 1, 3, 4 ; *Cod.*, 3, 11, 2 ; 4, 20, 12 ; 7, 39, 9 ; 7, 40, 3 ; *in judicium venire*, *D.*, 2, 10, 3 *pr.* ; *in judicio sisti*, *D.*, 2, 5, 1, 3 ; 2, 8, 2, *pr.*

certains passages en *judicium* le *jus* qu'ils laissaient subsister dans une quantité d'autres.

Le commentaire 4, 184, de Gaius serait susceptible cependant de fournir un argument en faveur de l'affirmative. D'après ce passage, un *vadimonium* doit être conclu quand les parties quittent le *jus* avant la fin du *negotium*. Si l'on entend par *negotium* l'opération juridique tout entière, un *vadimonium* devait évidemment être formé pour le cas où les parties quittaient le magistrat, après la *litis contestatio*, pour comparaître devant le *judex*; ce qui consoliderait cette interprétation, c'est que plus haut, Gaius, 4, 141, entend par *negotium* l'opération entière.

Cependant il est permis ici d'entendre par *negotium* seulement ce que les parties font devant le préteur. Et l'on ne saurait accuser Gaius de prêter à équivoque, car dans d'autres passages où l'existence d'un *vadimonium* après la *litis contestatio* eût été indispensable, aucune mention n'en est faite (Gaius, 4, 88. 102). Dans ce dernier passage notamment, le *vadimonium* s'imposait comme une troisième *causa satisfationis*.

Quelques textes encore pourraient faire doute et donner à croire qu'un *vadimonium* intervenait pour la phase du *judicium*. D'abord la loi 2, 3, *Dig.*, *Si quis caution.*, 2, 11, d'Ulpien (1), 74 *ad Edict.* De ce que la règle des

(1) *Quis judicio se sisti promiserit, et valetudine vel tempestate, vel vi fluminis prohibitus se sistere non possit: exceptione adjuvatur: nec immerito: cum enim in tali promissione præsentia opus sit, quemad-*

XII Tables citée dans la seconde phrase concerne la procédure après la *litis contestatio*, on a voulu conclure qu'Ulpien traitait, dans ce qui précède, de la phase du *judicium*. Cependant la tournure : *et ideo etiam* signifie très clairement que la règle des XII Tables n'apporte pas une réponse décisive en la matière, mais intervient seulement à titre d'analogie. Et la différence entre le cas d'Ulpien et celui des XII Tables peut très bien avoir consisté en ce que, dans celui-là, il était question de la comparution *in jure* et dans celui-ci, de la comparution *in judicio*.

La loi 10, 2, *Dig.*, 2, 11, dont nous aurons à nous occuper longuement plus loin, a également donné lieu à de sérieuses difficultés. Il est certain qu'elle a subi des remaniements. D'abord la formule *haec stipulatio judicio sistendi causa facta* a déjà en soi quelque chose de lourd ; de plus, les mots suivants : *tamen in hac causa danda non est* se rapportent manifestement à une *actio* ; or le texte dans sa teneur actuelle leur donne pour sujet une *stipulatio*. Enfin, à un autre endroit, toujours au sujet de l'action d'injures, Paul parle aussi du *vadimonium* (1).

*modum potuit se sistere, qui adversa valetudine impeditus est ? et ideo etiam lex duodecim tabularum, si judex, vel alteruter ex litigatoribus morbo sontico impediatur, jubet diem judicii esse diffisum.*

(1) V. *Collatio legum Mos.*, 2, 6.— On pourrait reconstituer ainsi le passage : *injuriarum autem actio heredi non competit ; quamvis enim vadimonium ad heredem transeat, tamen in hac causa danda non est, etc.*

Mais il ne semble pas fondé d'étendre l'interpolation jusqu'à l'expression *ante litem contestatam*. Ces mots sont certainement authentiques. Les compilateurs n'avaient aucun motif de les ajouter ; en effet, sous Justilien, la *cautio judicio sisti* est toujours formée avant la *litis contestatio*.

Mais si *ante litem contestatam* a été réellement écrit par Paul, on est amené à se demander pourquoi ce juriconsulte a cru devoir faire ressortir cette circonstance, s'il n'y avait eu de possible que le *vadimonium ante litem contestatam* ? c'est donc qu'un *vadimonium* a dû avoir lieu aussi *post litem contestatam*.

Toutefois, pour donner quelque apparence de solidité à cet argument, il faut attribuer une importance considérable à cet *ante litem contestatam* que Paul a peut-être placé là d'une façon accessoire ; car son intention n'est pas tant d'analyser les caractères du *vadimonium* que de spécifier les effets de la *litis contestatio* ; cette expression peut s'expliquer sans l'intervention d'un argument *a contrario* (1).

Malgré l'amendement qu'il apporta à son opinion, Rudorff ne s'est pas catégoriquement rangé à la doc-

(1) Cet argument avait convaincu Huschke, *Das alte römische Jahr*, pp. 312-315, qui, pour admettre l'existence d'un *vadimonium* dans la phase du *judicium*, s'appuyait aussi sur la loi 6, *Dig.*, 2, 11, qui a trait, disait-il, au *fidejussor* (autrefois *subvas*) constitué par celui qu'un service public empêchait de comparaître devant le *judez* : il y avait alors *dies diffusus* ; mais, en réalité, la loi 6, *Si quis caution.*, est relative aux excuses du *vadimonium*. (Voy. Keller, *Römische Civilpr.*, éd. Wach, p. 334, n. 824 ; Lenel, *Ed. perp.*, p. 400.)

trine de la non-existence d'un *vadimonium in judicio*. Tout en convenant qu'aucun des textes cités pour l'affirmative n'est démontré s'appliquer exclusivement à la procédure *in judicio* (1), il essaie d'affaiblir les arguments de la négative (2), et en somme, ne se prononce pour aucune solution ; il cite cependant deux textes, les lois 8, 3, *Dig.*, 46, 1 et 3 *pr.*, *Dig.*, 46, 7, d'Ulpien. En ce qui touche le second texte, nous ne le croyons pas inconciliable avec la période antérieure au *judicium*, et quant au premier, à suivre l'inscription qu'en donne Lenel, il se rapporterait non pas au commentaire de *vadimoniis*, mais à celui de *adpromissoribus* ; et surtout la contexture du fragment laisserait croire que la procédure a été arrêtée à la *litis contestatio*, soit qu'un arrangement fût intervenu entre les parties, soit que le lien juridique ait pris la forme d'une obligation civile : toutefois il faut reconnaître là qu'il y a doute.

Mais, en définitive, quel fut le but du *vadimonium* et de la *cautio judicio sisti*, sinon de garantir le demandeur contre le préjudice que pourrait lui causer l'absence du défendeur ? Après la *litis contestatio*, le défendeur absent n'en est pas moins condamné, pourvu toutefois

(1) Le texte invoqué en faveur de la *dilatio vadimonii* peut être entendu d'un simple ajournement sans *vadimonium*, surtout depuis Marc-Aurèle, *D.*, 2, 12, 1, 2, 7 ; Pline, *H. N.*, 7, 54.

(2) Le passage du Pseudo-Asconius n'exclurait pas le *vadimonium*, étant donné que les mots *non stipulationibus mutuis sed denuntiatione tantum reciproca* sur lesquels on s'appuie seraient peut-être une glose.

que le demandeur ait prouvé sa prétention. On ne voit pas, dès lors, quel intérêt pourrait avoir le demandeur à exiger du défendeur un *vadimonium* pour la seconde phase de la procédure.

Nous avons vu que la réponse à faire à la question ci-dessus posée, à savoir si le *vadimonium* intervenait après la *litis contestatio*, dépendait en grande partie de la signification à attribuer au mot *judicium*. Il est certain que, si on envisage cette expression d'une façon générale, embrassant la procédure, l'action judiciaire dans son ensemble, on ne peut plus conclure du sens précis de *judicium* à la possibilité d'un *vadimonium* devant le *judex*. Or on ne peut nier que cette expression, dans un grand nombre de textes, se présente avec ce sens général.

Seulement la question paraît plus complexe, car il faut compter avec deux choses qui, sans avoir de lien entre elles, peuvent obscurcir le problème : d'une part, les passages interpolés par les collaborateurs de Justinien, où l'expression *judicium* ne reflète que l'état du droit le plus récent, soit qu'elle serve à désigner l'organisme qui remplaça le *vadimonium*, la *cautio judicio sistendi*, soit qu'elle serve à désigner l'instrument de garantie qui remplaça le *vindex*, le *fidejussor judicio sistendi causa*. Là, le mot *judicium* est le produit d'une interpolation démontrée : il est donc démontré aussi, par là même, que *judicium* désigne toute la procédure, puisque, sous Justinien, il n'y avait plus de distinction entre la phase du

*jus* et celle du *judicium* ; mais le seul fait de leur corruption leur enlève toute force probante au sujet du droit classique. Quelque sens que l'on attribue au mot *judicium* des textes authentiques, il ne peut jamais être adéquat à l'idée qu'en conçut le droit du Bas-Empire.

Il convient de limiter le terrain de la discussion aux textes où il n'est pas traité de *fidejussor judicio sistendi* ni de *cautio judicio sisti*. Ce sont ces textes-là seulement qu'il faut interroger pour obtenir une réponse utile dans le problème de l'intervention ou de la non-intervention du *vadimonium* dans la procédure devant le *judex*. Nous présentent-ils tous le *judicium* comme étant l'ensemble de la procédure judiciaire ? Posée dans ces termes, la question appelle forcément une réponse négative.

D'une part, il est des textes où le mot *judicium* est employé avec le sens étroit, technique (1), en opposition à *jus* ; d'autre part, la controverse est encore ouverte sur le degré d'authenticité des fragments contenant *judicium*, ouverte également sur la portée de l'expression dans les textes mêmes reconnus intacts, littéraires ou juridiques.

En ce qui concerne d'abord ce dernier point, l'assimilation a été tentée entre le *judicium* et la *formula*. M. Wlassak soutient que le mot *judicium* indiquait, avant la loi Aebutia, la procédure romaine applicable

(1) Notamment *Dig.*, 17, 2, 52, 18.

aux étrangers, que, par la suite, la signification se serait étendue et généralisée : *judicium* aurait été la définition technique de la *formula* (1). Trois fragments d'auteurs littéraires, ou épigraphiques pourraient être invoqués sérieusement en faveur de ce système : Cicéron, *De nat. deor.*, 3, 74 ; *In Verr.*, 3, 152, et loi Rubria, c. 20, l. 42. Mais, vus de près, ces textes ne confondent pas *judicium* et *formula* ; notamment, le passage de la loi Rubria dit que les noms et les localités indiqués dans la *formula* à titre d'exemple ne doivent pas être reproduits dans le *judicium*, quand une procédure s'engage : le mot *formula* est présenté là comme un modèle à remplir avec formules établies d'avance, un schéma, et non l'action judiciaire. Nous ne pouvons insister sur cette question qui ne rentre pas dans notre sujet.

Quant à la question controversée de savoir quel degré d'authenticité il faut accorder aux fragments contenant le mot *judicium*, nous nous trouvons en présence de deux systèmes qui se contredisent mutuellement et qui tranchent diversement un problème dont la solution importe beaucoup à notre sujet.

Un premier système défendu par MM. Lenel (2) et Gradenwitz (3) considère comme interpolés à peu près

(1) V. Wlassak, *Processgesetze*, 2, p. 55. En ce sens, Huschke, *Gaius*, p. 226 ; Erman, *Zeitschr. Sav. Stift.*, 11, p. 246 ; Lenel, *Zeitschr. Sav. St.*, pp. 380 et ss. En sens contraire, Gradenwitz, *Zeitschr. Sav. St.*, 9, p. 189 ; Kübler, *Zeitschr. Sav. St.*, 16, pp. 137 et ss.

(2) V. *Palingenesia juris civilis*.

(3) V. *Interpolationen*, p. 100.

tous les passages où se rencontrent les expressions *ad judicium provocare*, *ad judicium vocare* (1). La distinction entre le *jus* et le *judicium* ayant été abolie sous Justinien, les textes où il était fait application de cette distinction n'avaient plus leur raison d'être, et quand les textes classiques qui entraient dans la compilation contenaient *ad jus vocare*, on conçoit que les commissaires de Justinien aient substitué *ad judicium vocare* ; pour obtenir le texte original, il faut lire *ad jus vocare*.

Un système inverse soutenu par M. Wlassak (2) contredit à bon droit, à notre avis, la plupart des affirmations de M. Lenel. Ce n'est pas, en effet, fortifier bien solidement une idée que de présumer interpolés tous les textes qui la contredisent. A égalité de vraisemblances générales, un système qui accepte l'état des textes tel que la tradition l'a livré, l'emporte sur un autre qui suppose une correction au texte ; d'autant que c'est courir deux chances d'erreur que de prétendre d'abord le texte remanié et de substituer ensuite l'expression précise qui, soi-disant, devait y figurer originairement.

Si encore, le motif de l'interpolation était nettement visible. Or M. Lenel admet tantôt que les textes sont authentiques (3), tantôt corrompus (4). Si les compila-

(1) Julien, *Dig.*, 50, 17, 63 ; Gaius, *Dig.*, 5, 1, 13 ; Venuleius, 26, 7, 51 ; Paul, 22, 1, 24, *pr.* ; Ulpien, *Dig.*, 5, 1, 14 ; Modestin, *Dig.*, 45, 1, 102 ; Ulpien, 10, 3, 7, 13 ; 13, 1, 12, 1 ; Dioclet., *Cod.*, 5, 56, 4, 1.

(2) *Römische Prozessgesetze*, 2, pp. 42 et ss.

(3) *Palingenesia juris civilis*, 2, p. 654 : Ulpien, n. 992, §§ 3 et 4.

(4) *Paling.*, 4, p. 606 ; Marcellus, n. 107, *pr.* ; p. 745, n. 3 ; Modestin, 2, p. 972 ; Ulpien, n. 2175, p. 1220, n. 8.

teurs de Justinien avaient rencontré *in jus*, ils n'auraient écarté qu'un seul mot : *jus* et non : *in* qui n'eût pas, ici, attiré leur attention.

D'ailleurs, il faut distinguer entre *ad judicium* et *in judicium*. Il n'est pas aussi naturel que semble le croire M. Gradenwitz, de lire à la place : *in jus vocare*. *In judicium vocare* est susceptible d'être interprété comme une citation à la procédure en général (1). Quel devait être le but de la partie qui provoquait *ad judicium* avant tout engagement de la procédure ; pensait-elle à la phase de la procédure devant le *judex*, au *judicium* au sens strict ? il serait étrange qu'elle songeât, dès l'abord, à la phase de la procédure la plus éloignée, de laquelle, d'ailleurs, elle est rien moins que sûre.

Deux explications restent admissibles et les deux concordent avec nos données : ou bien le *judicium* comprend la procédure du commencement à la fin, ou bien il ne concerne que la liaison du procès, la *litis contestatio*. Un texte de Paul (2) permet d'affirmer la dernière explication : celui qui *ad judicium provocavit* est aussi celui qui *judicium accipere paratus fuit*.

Considéré dans ces termes, le *judicium* prend une signification bien plus large qu'on ne serait tenté de le

(1) Il y a cependant la loi 2, 2, *Dig.*, 2, 8 dont Lenel a démontré l'interpolation, *Edict. perp.*, p. 55, n. 9. En faveur de la doctrine de l'authenticité des expressions *ad judicium provocare*, et autres, voy. Cicéron, *Pro Roscio*, 4, 10 ; *In Verr.*, 2, 29, 71 ; 5, 154, et cf. Voigt, *Ueber das Vadimon.*, p. 62, n. 169.

(2) *Dig.*, 22, 1, 24 ; Wlassak, *loc. cit.*

penser au premier abord ; ce n'est plus le nom technique de la phase de la procédure succédant au *jus*, c'est autre chose même que l'ensemble des formalités de la procédure, c'est le point de droit, l'action judiciaire, en un mot, tout le procès.

A ce point de vue, on a pu être amené à découvrir des points de contact entre l'expression *judicium* et le *vadimonium*. L'expression *judicium* étant si large, elle ne pouvait être absolument étrangère au *vadimonium*, qui était une partie de la procédure elle-même. Il était possible d'entendre le tout pour la partie, *judicium* pour *vadimonium*.

Tout en croyant à l'authenticité des textes où se trouvent les formules *ad judicium provocare, vocare*, il convient cependant de faire quelques réserves, car, s'il est presque certain que les jurisconsultes classiques n'avaient pas écrit *jus*, il n'est pas démontré qu'ils n'avaient pas écrit quelquefois *ad vadimonium*. En raison, cette expression était concevable, et cela suffit pour envisager l'hypothèse.

*Ad vadimonium venire* se rencontre dans Cicéron ; il est vrai que le seul *Pro Quinctio* en parle, parmi les discours de Cicéron (1) ; mais, dans le *Pro Quinctio*, le *vadimonium* jouait un rôle capital, il est facile de s'en convaincre par les passages suivants : c. 5, 22, c. 45, l. 8, c. 16, 52.53, c. 21, 67.

(1) Voy. Merguet, *Lexikon zu Cicero's Reden*, t. 3 et 4.

*Ad vadimonium venire, occurrere* se rencontre aussi dans Suétone, *Caligula*, 39. Si l'expression était usitée dans la langue littéraire, rien ne dit qu'elle n'ait pas été employée par les jurisconsultes, et si elle l'a été, il est certain qu'elle devait être supprimée par les compilateurs de Justinien, puisque, sous cet empereur, le *vadimonium* fut aboli. Quel mot fut substitué? Il est très possible que ce soit *judicium* avec le sens dans lequel nous entendons cette expression, et Lenel l'admet également (1). Mais ce n'est pas sûr et nullement prouvé d'une manière péremptoire. Et comme le fait judicieusement observer M. Wlassak (2), si ce n'est pas certain, il y a des passages où, sûrement, *judicium* n'a pas été interpolé pour *vadimonium*, où, par conséquent, *judicium* est authentique : notamment la loi 5, 1, *Dig.*, 2, 11.

Si l'on substitue, dans ce texte, aux mots *contempta sua promissione judicio sistendi causa*, la formule *contempto vadimonio*, il est impossible de transformer en

(1) Ulp., 74, *ad Edict.*, *Dig.*, 2, 11, 2, 9. Ulpien avait peut-être écrit *vadimonium*, comme l'inscrit M. Lenel (*Paling.*, p. 856, n° 654, n. 1), mais il y a de très fortes raisons de douter qu'Ulpien, 74, *ad Ed.*, *Dig.*, 2, 11, 2, 2, ait écrit *ad vadimonium occurrere* au lieu de *ad judicium occurrere*, comme l'inscrit M. Lenel, *Paling.*, 2, p. 855, n. 3. Quant au texte d'Ulpien, 4, *De omnibus tribunalibus*, *Dig.*, 2, 12, 1 *pr.*, la correction qu'en donne Lenel, *Paling.*, 2, p. 995, n. 1, est certainement inexacte. Ulpien avait écrit *ad judicium venire*. En sens contraire, Pernice, *Parerga*, *Zeitschr. Sav. Stift.*, 14, 1893, p. 158, n. 2, qui, repoussant absolument la restitution *ad judicium venire*, manifeste seulement du doute pour l'hypothèse de Lenel, et propose comme se rapprochant le plus de la vérité : *ad tribunal venire*.

(2) Cf. *op. cit.*

*venire ad vadimonium* le *venire ad iudicium* qui précède immédiatement ; sinon, il y aurait double emploi ; quelle est celle des deux tournures qui est interpolée ? il n'y a aucun doute à cet égard, c'est *promissione iudicio sistendi causa*. M. Lenel l'a bien compris ; aussi n'a-t-il pas corrigé le *ad iudicium venire* de la loi 5, 1 par *ad vadimonium*, mais par *in jus venire* ; ce qui n'est pas davantage exact (1).

(1) Kipp, *Die Litisdenuntiation* ; Naber, *Mnemosyne*, N. S., 17, pp. 123-125, n'ont pas tenu compte de cette particularité et ils ont rectifié le *ad iudicium venire* de la loi 5, 1, le transformant en un *ad vadimonium venire*, de telle sorte que deux propositions se suivent dans le texte, répétant la même chose, ce qui est au moins invraisemblable.

## CHAPITRE VI

### LE VADIMONIUM ET LES OBLIGATIONS CIVILES.

Le *vadimonium* nous apparaît comme une sûreté dont se prémunit une personne qui tient à trouver son adversaire en justice : cette sûreté consiste en un lien juridique qui oblige le défendeur à comparaître. Mais ne peut-on pas voir là une obligation comme une autre et, dans le *vadimonium*, une garantie comme les autres garanties ? Cela tout au moins peut être dit pour prétendre que le *vadimonium* n'était pas une garantie, une sûreté spéciale, appropriée seulement aux événements de la procédure.

Si l'on voit dans le *vadimonium* une forme de caution en général, ne peut-on pas soutenir qu'il a pu, qu'il a dû trouver son application dans le domaine du droit civil, dans les opérations de droit privé, indépendamment de la procédure ? C'est en effet ce qui a été soutenu, et il convient d'examiner s'il en a été ainsi, si les sources permettent une pareille hypothèse d'un *vadimonium* de droit civil.

Il y aurait, dit M. Voigt (1), deux sortes de *vadimo-*

(1) *Ueber das Vadimonium*, p. 12 ; cf. Cuq, *Les institutions juridiques des R.*, p. 381.

nium : le *vadimonium* de droit civil qui garantissait une prestation et le *vadimonium* judiciaire qui garantissait une comparution.

La même distinction se retrouve en droit grec (1), Les principales hypothèses où se rencontrait le premier de ces *vadimonia* étaient les suivantes :

α. Le *subvadimonium*, par lequel un garant nommé *subvas* garantit le paiement de la somme d'argent déjà promise par le *vas* ;

β. La *satisfactio secundum mancipium*, autrement dit, le *vadimonium* contracté par le *vas* que devait fournir le vendeur dans la vente avec mancipation.

Pour établir l'existence de cette nouvelle sorte de *vadimonium*, M. Voigt se fonde sur le passage de Varron, *De L. L.*, 6, 7, 74 : *Vas appellatus, qui pro altero vadimonium promittebat. Consuetudo erat, quum rem parum esset idoneus inceptis rebus, ut pro se alium daret : a quo caveri postea lege coeptum est ab his qui prædia venderent, vades ne darent ; ab eo scribi coeptum in lege mancipiorum : vadem ne posceret nec dabitur.*

M. Voigt observe, en outre, qu'à part la *fiducix datio*, le vieux droit civil romain ne connaissait pas d'autre forme de *satisfactio* et que si le *vadimonium* a joué un rôle dans les rapports contractuels de cette époque-là, c'est qu'il tenait lieu du cautionnement qui faisait dé-

(1) Meier et Schömann, pp. 512 et ss. ; Hermann, *Griechisch. Privatalterthümer*, § 67 ; Foucart, *Bulletin de correspondance hellénique*, 1880, 2, pp. 15 et ss.

faut, la *prædis datio* appartenant au droit public et étant aux mains du magistrat.

M. Voigt n'hésite pas à reconstituer la formule de ce *vadimonium* qui, en tant que *satisdatio secundum mancipium*, serait conçue dans les mêmes termes que la *stipulatio simplæ vel duplæ*. De même que la *stipulatio simplæ* (1) était ainsi conçue : « *Illum fundum, qua de re agitur, habere recte licere, hæc si recte fieri spondesne ?* » la formule du *vadimonium* contiendrait ce terme, plus un autre exprimant la promesse éventuelle d'une somme d'argent : « *Et si ita factum non erit, tum se dare spondesne ?* (2) » Telles sont les solutions auxquelles aboutit M. Voigt. Son raisonnement est-il valable ? c'est ce qu'il importe de voir avant tout, les conjectures sur la reconstruction des formules devant tomber, au cas où la négative serait fondée.

Le texte précédemment cité de Varron fait allusion à la vente de choses *mancipi*. Lorsque la mancipation et la tradition ont eu lieu et que le prix a été payé, le vendeur est tenu de venir au secours de l'acheteur en cas de revendication de la part d'un tiers. Il doit être son *auctor* ; dans quel sens précis faut-il entendre ce mot ? Il a été démontré péremptoirement (3) que les mots *auc-*

(1) Dont la formule, tirée des *Tripertita* d'Aelius, des *Manilianæ venalium vendendorum leges*, et de quelques autres recueils, a été transmise par Varron, *R. R.*, 2, 2, 6 ; voy. Voigt, *op. cit.*, p. 314.

(2) Et la réponse aurait été, à peu près : « *Illum fundum qua de re agitur, tibi habere recte licere hæc si recte fieri et, si ita factum non erit, tum X æris tibi dare promitto.* »

(3) Voy. Girard, *N. R. h.*, 1882, p. 185.

*tor*, *auctoritas* ont d'abord impliqué le sens d'une assistance du défendeur dans un procès (1), beaucoup plus que celui d'une obligation spéciale contractée par le mancipant. Cette acception primitive s'est modifiée et élargie, mais il n'en reste pas moins qu'au début l'*auctoritas* fut l'assistance judiciaire fournie par le mancipant à son acquéreur, « assistance qui augmente, améliore la situation du défendeur à la revendication » (2). Varron écrit qu'il était d'usage primitivement que l'*auctor* constituât un *vas* à l'acheteur, et que, par la suite, des clauses s'introduisirent, qui dispensèrent de cette obligation.

Quel fut le caractère de ce *vas* ? Dans quel but et à quel moment intervenait-il ? La situation de droit et de fait qui a amené la constitution de ce *vas*, ou plus exactement qui a obligé le vendeur à devoir fournir des garants, a pris elle-même naissance dans un événement judiciaire, dans l'*auctoritas*. L'expression *auctoritatem subsistere*, cette autre *auctoritatem defugere* (3) par son analogie avec *vadimonium deserere* rentrent dans le cadre des incidents judiciaires. Maintenant par quel moyen, en pratique, le vendeur se rendra-t-il utile à l'acheteur ? Le passage de Varron répond à la question. Dès qu'il sera inquiété l'acheteur fera remettre l'affaire

(1) Cicéron, *Pro Cæcina*, 19, 54 ; *Pro Murena*, 12, 26.

(2) Voy. Girard, *l. c.*

(3) V. Karlowa, *Römische Civilprocess*, p. 76 en note ; *Römische Rechtsgeschichte*, 2, p. 375 ; Huschke, *Nexum*, p. 186, n. 281.

à un autre jour, se mettra à la recherche de son vendeur, qu'il atteindra probablement par une *denuntiatio* (1). Varron nous apprend que le vendeur, alors, fournissait des *vades*, des cautions de comparution judiciaire, que, plus tard, cet usage disparut peu à peu et qu'on inséra même dans les contrats des dispenses de pareils engagements.

Mais il semble que toute la question réside dans le point de savoir à quel moment interviennent ces *vades*, en général, et, en particulier, dans l'hypothèse de Varron ? D'après certains auteurs, cela n'aurait lieu qu'après que la mancipation aura été conclue, quand, notamment, il se produit des doutes sur la solvabilité du vendeur (2). Mais alors on ne voit pas du tout de quelle manière et par quels moyens on pourrait arriver à la constitution des *vades* : un créancier ne saurait avoir le droit de réclamer, à titre supplémentaire, des cautions, simplement parce que la situation du débiteur a empiré, et, tout au moins, il faudrait dire pourquoi une telle prérogative tournait directement au préjudice du vendeur *auctor*.

D'autres auteurs entendent par *inceptæ res* le commencement du procès en éviction (3). Alors il ne peut

(1) M. Bechmann, *Der Kauf*, p. 113, fait remarquer, dans notre sens, que précisément le fragment de Varron appartient à un passage où est expliquée longuement la différence qui sépare les *vades* des *sponsores* et *praedes*. Cf. Cuq, *op. cit.*, p. 382, p. 396.

(2) Voy. Rudorff, *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, pp. 91-95.

(3) En ce sens, Huschke, *Nexum*, p. 196 ; Eck, *Verpflichtung des Verkäufers*, p. 11.

s'agir que du *vadimonium* judiciaire ordinaire, d'un *vadimonium* qui ne pouvait être promis auparavant, qui l'était seulement au moment de la procédure *in jure* (1).

Si le débiteur, lors de la naissance de sa dette, c'est-à-dire lors de la vente, est contraint de fournir des garants, ce sont là des cautions ordinaires, appartenant au droit civil et ce ne sont pas des *vades* contractant un *vadimonium*. En effet, pour que la constitution de *vades* soit de quelque intérêt pour l'acheteur, il faut qu'elle intervienne à coup sûr au moment de la vente ; mais pour quelle date, en vue de quel événement ? d'un procès dont on ne sait à quel moment il se produira, ni même s'il se produira. Qu'est-ce qu'un *vadimonium* constitué pour une époque aussi incertaine, alors que d'habitude il est fait « pour le jour précis assigné à un litige déterminé (2) », alors que sa formule portait : *certo die sisti* ?

Mais peut-on arriver à prouver le caractère extra-procédural de ce *vas*, en disant qu'il a été l'origine de la *satisfactio secundum mancipium*, et que celle-ci pouvant provenir de celui-là, les deux choses devaient avoir même nature ? Nous ne le croyons pas. Il n'est nulle-

(1) En ce sens Girard, *Nouv. Rev. hist.*, p. 354. L'acheteur s'adressant au vendeur devant le magistrat *in jure* prononce une formule solennelle qui a été conservée par Cicéron, *Pro Murena*, c. 12, et par Valerius Probus, *Notæ*, c. 4, n. 7. Textes Girard, p. 172 : *Quando te conspicuo...*

(2) Trait qui, ainsi que l'a montré M. Lenel, *Edict. perp.*, p. 54, le distingue du *fidejussor*, interpolé pour *vindex*.

ment prouvé que la *satisfatio secundum Mancipium* soit la constitution de *vades*. En matière de garantie dans la vente, on sait que la mancipation donnait naissance à la *satisfatio sec. Mancip.*, et à la *repromissio*, promesse sans cautions faite dans les mêmes termes que la précédente (1).

La *satisfatio* et la *repromissio* semblent partir du même principe et avoir le même objet (2). *Satisfare sec. Manc.*, c'était promettre, avec des cautions, la sécurité qui résulte de la mancipation. *Repromittere*, c'était promettre la même chose, sans cautions.

Que la *satisfatio secundum Mancipium* et la *repromissio* ne soient que des faces de la *stipulatio duplæ*, avec cautions et sans cautions, il est possible, mais il n'importe ici ; ce qui importe, c'est de ne pas les séparer et de ne pas attribuer une nature différente à deux clauses que les textes relient étroitement.

Ce serait commettre cette erreur que de prétendre que la *satisfatio secundum Mancipium* consiste à fournir des *vades*, car alors en quoi consisterait la *repromissio* ?

D'un autre côté, on ne saurait assimiler la *repromissio* seule à la *stipulatio duplæ*, car, ainsi que l'a démontré M. Girard (3), ces deux clauses, dans le texte mutilé de la table de Bétique, étaient séparées et distinctes. La

(1) Cicéron, *Ad Atticum*, 5, 1, 2 ; table de Bétique, *C. I. L.*, 2, 5042.

(2) Voy. Girard, *Nouv. Rev. hist.*, 1883, p. 548.

(3) Voy. Girard, *loc. cit.*, p. 549, principalement *in fine*, et les renvois.

première permettait à la partie de ne pas *satsisdare secundum mancipium*, la seconde, venant après, permettait de ne pas s'engager par la *stipulatio duplæ vel simplæ*.

La *satsisdatio secundum mancipium* et la *repromissio* ne doivent pas être isolées, et, d'autre part, ensemble elles ne sauraient être assimilées à la constitution des *vades* : c'est ce que nous admettrons par rapport au texte de Varron, *De L. L.*, 6, 7, 74 (1).

(1) En sens contraire, Rudorff, p. 95 ; Gide, *Revue de législation*, 1870, p. 90 ; Voigt, *op. cit.*, p. 14 ; Karlowa, *Ræmische Civilprocess*, p. 76 en note et Bechmann, *Der Kauf*, 1, p. 368, constatent qu'après que l'usage se fût introduit d'insérer dans les actes des dispenses de constituer des *vades*, conformément au texte de Varron, il se peut très bien que la *satsisdatio secundum mancipium* ait rempli le même office que l'institution disparue ; mais il y a là une simple succession historique dont on ne saurait tirer aucun rapport de causalité.

## TROISIÈME PARTIE

### CONDITIONS ET FORMATION DU CONTRAT.

Un passage des *Noctes Atticæ* (1) d'Aulu-Gelle est ainsi conçu : *Cum proletarii et adsidui et sanitates et vades et subvades et XXV asses et taliones..... evanuerint, omnisque illa duodecim tabularum antiquitas..... lege Æbutia lata consopita sit.*

Le fragment interdit tout rapprochement entre ce qu'a pu être le *vadimonium* postérieur à la loi Æbutia, le *vadimonium* des temps classiques, et ce qu'il a été antérieurement à la loi Æbutia, dans l'ancien droit civil.

Si l'on veut avoir une idée exacte de la nature de l'obligation du défendeur et des *vades*, il faut se garder de transporter à l'ancien *vadimonium* les idées que l'on s'est faites d'après la forme qu'il a revêtue à l'époque de l'Édit prétorien (2).

(1) 16, 10, 18.

(2) Voy. Sell, *Recuperatio der Ræmer*, p. 234 ; Karlowa, *Ræm. Civilprocess*, p. 323.

SECTION I. — Epoque antérieure à l'introduction  
de la procédure formulaire.

En ce qui concerne l'époque antérieure à la loi *Æbutia*, on en est réduit aux conjectures. Laquelle est la plus plausible ? En tenant compte de certains éléments d'information qui valent pour l'ancien droit à titre de principe conducteur, on peut arriver à préciser quelques points.

— D'abord, au sujet du but à remplir, c'est, après comme avant, une comparution en justice à assurer, cela équivalant à un cautionnement.

Or, il est à peu près certain qu'à cette époque le cautionnement se conçoit sous la forme de l'*expromissio*, autrement dit, de la substitution du garant à la place du débiteur principal ; le *vas* prend la place du défendeur dans l'obligation garantie, c'est-à-dire l'engagement de comparaître ; la garantie accessoire est encore inconnue.

Un lien de droit se forme donc entre le demandeur et un tiers, le *vas* (1). A la différence de ce que sera le récent *vadimonium*, l'ancien ne fonde probablement aucun rapport juridique entre le *vadem dans* et le *vadem accipiens* et, par conséquent, aucune action spéciale au profit du second contre le premier. Le rapport devait

(1) Voigt, *Ueber das Vadimonium*, p. 350 ; cf. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, 1, p. 269, n. 1.

s'établir seulement entre le garant, le *vas*, et le demandeur, pour que le *vas* prenne la place du défendeur.

— Ensuite, au sujet de la forme à donner à ce contrat, il est certain que la formule de la *stipulatio*, l'interrogation solennelle du demandeur, suivie de la réponse du défendeur dans les mêmes termes, était inconnue de l'ancien droit. Quel mécanisme intervenait pour former le lien ? On pourrait admettre l'existence d'une déclaration spontanée du *vas*, dont la nature archaïque se concilierait assez bien avec le caractère de l'intervention de ce personnage, sorte de défenseur répondant d'un membre de la *gens*, d'un parent, d'un patron.

La forme de son engagement a dû ressembler à celle qu'employaient de leur côté le *vindex*, le *praes*, dont le rôle et la fonction n'étaient pas sans présenter beaucoup d'analogie avec le rôle et la fonction du *vas*. Tous trois intervenaient dans l'intérêt d'autrui ; ils devaient engager leur personne et leurs biens, et s'affirmer devant le demandeur : *vas sum*, *praes sum*, *vindex sum* (1).

M. Voigt (2) propose, comme schéma de cette véritable *nuncupatio* que prononcerait le *vas*, la formule suivante : « Quoddam a L. Titio fieri et, si ita factum non erit, tum x tibi dare promitto » ; à condition d'y voir, non une formule authentique, mais un indice de ce qu'a

(1) Voy. Huschke, *Nexum*, p. 50 ; cf. Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains*, 1, p. 294.

(2) Voy. *Ueber das Vadimonium*, p. 349.

pu être la déclaration du *vas*, on peut admettre cette conjecture comme plausible.

A cette déclaration du garant succédait un consentement en termes quelconques, donné par le demandeur. C'est dans ces circonstances qu'on peut entendre à la lettre la définition de Varron : *Vas appellatus, qui pro altero vadimonium promittebat*.

— Quant à l'objet de l'obligation du *vas*, il se présentait sous une double face, autrement dit, il comprenait deux termes reposant sur une alternative ; et, pour caractériser ces termes, il convient de rappeler en quelques mots le rôle du *vas*.

Ce rôle n'était pas de garantir, à titre purement accessoire, comme fera plus tard un fidéjusseur, un engagement à comparaître pris par le défendeur lui-même, mais il consistait à assumer, à titre principal, la responsabilité de la comparution du défendeur. L'engagement du *vas*, pour procurer au demandeur une garantie efficace, devait, dans les éléments qu'il comportait, représenter toute la somme d'avantages que pouvait exiger celui-ci ; or, le demandeur se fiait à la parole du *vas* qui lui assurait que son adversaire se rendrait en justice. Mais si cette promesse n'était pas exécutée, quel était le préjudice que subissait le demandeur ? Celui qui consistait à ne pas voir son droit reconnu en justice, en réalité, la perte de ses intérêts en litige. Qui est responsable de ce préjudice ? C'est le *vas* lui-même, dont la promesse avait eu ce résultat d'inspirer confiance

au demandeur et de laisser le défendeur en liberté.

Une réparation équitable de ce préjudice ne peut être que le paiement au demandeur de tout l'intérêt en litige, du *quantum ea res est* : c'est de cela que le *vas* sera redevable au demandeur. Cette solution est conforme au principe admis ; les choses se passeront comme si c'était le *vas* lui-même qui avait perdu le procès : n'est-il pas considéré comme le principal obligé ayant pris la place du défendeur primitif ? En définitive, l'autre terme de l'obligation du *vas*, faisant compensation au défaut de comparution, devra être le paiement d'une *pœna* représentant toute la valeur de l'objet en litige. Le texte de Plaute que nous avons déjà cité au début : *Promissimus hunc hodie sistere aut talentum magnum*, indique l'alternative entre les deux hypothèses et semble manifester, par là, l'équivalence entre les deux éléments.

C'est autant la logique de l'institution du *vadimonium* primitif que les renseignements tirés de Plaute qui font penser que le montant de la *pœna vadimonii* devait comprendre le *quantum ea res est* ; car autrement le demandeur ne trouverait pas la protection dont il a besoin.

Quand le *vadimonium* se fut transformé en une stipulation prétorienne, le principe ayant changé, la nature de l'objet du *vadimonium* changea aussi ; et nous verrons que ce fut seulement dans des cas exceptionnels, par une survivance des vieilles règles, que le montant de la somme due en cas d'inexécution du *vadimonium*, s'élevait à tout l'intérêt en litige, au *quantum ea res est*.

SECTION II. — Epoque postérieure à l'introduction  
de la procédure formulaire.

Au moment où nous voyons le *vadimonium* revêtir sa forme moderne, les idées qui se sont développées et perfectionnées dans les institutions voisines du droit ont collaboré aussi à la transformation du nouveau *vadimonium*.

Ce sont, d'une part, la notion de la distinction du lien principal et du lien accessoire dans le rapport de droit. Cette notion contribuera à modifier la nature de l'engagement du *vas*, à plus même, à supprimer sa personnalité propre.

C'est, d'autre part, le cadre nouveau fourni par la *stipulatio*, moyen invariable, rigide, qui unifie et transforme les conventions et obligations qui lui sont soumises.

Sous l'influence de ces idées, le *vadimonium* prit une apparence nouvelle. A la place de l'ancien *vadimonium*, nous trouvons une stipulation principale et une *adpromissio*, constituant un mécanisme où le centre de gravité est complètement déplacé. Alors que, dans l'institution primitive, le *vadimonium* était fourni par le *vas*, il va résulter maintenant de la stipulation principale qui intervient entre le défendeur et le demandeur.

A la place du *vas*, c'est le défendeur qui sera le sujet du *vadimonium* : il promettra sa comparution en jus-

tice, quand le demandeur l'interrogera sur ce point. C'est lui-même qui deviendra son propre *vas*.

Quant au *vas* proprement dit, il ne disparaît pas, mais se transforme, il devient débiteur accessoire, garantissant la promesse du débiteur principal ; il rentre alors dans la catégorie des fidéjusseurs (1) et son engagement dépend, comme pour ceux-ci, de la validité et des modalités de l'engagement du défendeur.

C'est sous cette forme nouvelle qu'apparaît le *vadimonium* dans les commentaires que les jurisconsultes ont donnés des dispositions de l'Édit du préteur qui le concernaient : « omnis illa duodecim tabularum antiquitas..... lege Æbutia lata consopita sit ».

Un des fragments (2) des commentaires des jurisconsultes insérés au Digeste est ainsi conçu : *Prætoriarum stipulationum tres videntur esse species : judiciales, cautionales, communes. Communes sunt stipulationes quæ fiant iudicio sistendi causa (vadimonia)*. D'après Ulpien, les *vadimonia* à eux seuls constituent la classe des *stipulationes communes*.

Comment comprendre que les *vadimonia* constituent des stipulations prétoriennes mixtes? Il semblerait qu'on dût les ranger parmi les *stipulationes judiciales*, car ils ont pour but de faciliter la marche de la procédure.

(1) Cf. les grammairiens, notamment Salcæmon, glose : *vades : prædes, sponsores, fidejussores, promissores, vadimonium : fidejussio* ; Gloss. Vat., dans Mai, *Class. auct.*, 6, 550 : *vadimonium : sponsio officii*.

(2) Loi 1 pr., Dig., *De Stipulationibus prætoriiis*, 46, 5, et § 3.

D'après une opinion émise par M. Bekker (1), les *vadimonia* sont des *stipulationes communes*, parce que le *vadimonium* est tantôt extrajudiciaire et tantôt conclu sur l'ordre du magistrat. Mais, même dans ces conditions, l'argument ne porte pas, car, dans tous les cas, le *vadimonium* a pour but de faciliter la marche du procès.

Et, en réalité, il ne faut pas placer le critérium sur cette base-là, car il n'y a, à vrai dire, *vadimonium* que lorsqu'il est conclu devant le magistrat, et le *vadimonium* extrajudiciaire est plutôt une stipulation conventionnelle. Comment alors expliquer la classification d'Ulpien ? Le point délicat est de savoir, non pas que le *vadimonium* tient aux *stipulationes judiciales*, mais pourquoi il ne rentre pas exclusivement dans cette catégorie.

Il convient peut-être auparavant de préciser le sens intime de *stipulatio judicialis*. C'est, en soi, une chose assez difficile, car le mot *judicialis* a été pris par les jurisconsultes dans plusieurs sens différents. Au fragment 5, *De Verb. oblig.*, *Dig.*, 45, 1, Pomponius en donne un sens différent de celui de la classification d'Ulpien.

Dans la classification de Pomponius, *judicialis* dérive de *judex* ; les *stipulationes judiciales* sont celles qui sont conclues sur l'ordre du *judex* ; au contraire, dans la conception d'Ulpien, ce sont celles qui sont conclues

(1) V. *Aktionen*, 2, p. 38, n. 3.

sur l'ordre du prêteur. *Judicialis*, dans le texte d'Ulpien, se réfère non à *judex*, mais à *judicium*. Le mot *judicium* est, nous l'avons vu, susceptible de plus d'un sens : il signifie à la fois action judiciaire dans son ensemble, et aussi procédure suivie devant le *judex* ; c'est le sens large qu'il convient de prendre ici.

La stipulation prétorienne *judicialis* intervient à propos de la délivrance de la formule d'action. Le magistrat ne délivrera la formule que si la caution est fournie. Le magistrat est maître d'organiser ou de ne pas organiser l'instance ; il a donc le droit d'imposer ses conditions. La *stipulatio judicialis* est une de ces conditions ; l'ordre qu'il peut donner de conclure telle stipulation fait corps avec la décision par laquelle il accorde la formule d'action.

Si nous rapprochons de ces idées la conception même du *vadimonium*, il ressort que celui-ci ne sert pas à renforcer le *judicium* entendu au sens d'action judiciaire. Les stipulations *judiciales* sont conclues au moment de la *litis contestatio* et font partie du *judicium* : il n'en est pas de même du *vadimonium*, qui intervient en vue de faire en sorte que la *litis contestatio* puisse avoir lieu, à un moment où il ne s'agit pas encore de délivrer la formule d'action (1).

Sur cette stipulation prétorienne, il y a lieu de rechercher quel était son objet, pour quel montant elle

(1) V. Girard, *Manuel*, p. 1014, n. 3, *in fine* ; Jobbé-Duval, *Cours de Pandectes*, année 1896-1897.

était formée, dans quelles formes, par qui et dans quels termes.

§ 1. — **Objet de la stipulation.**

Cet objet consistait dans la présence, à un jour fixé, du défendeur en justice. Gaius dit, 4, 184 : *Cum autem in jus vocatus fuerit adversarius neque eo die finiri potuerit negotium vadimonium ei faciendum est, id est ut promittat se certo die sisti.*

« Certo die sisti », c'est là l'obligation précise que le prêteur impose dans la stipulation du *vadimonium* ; c'est contre le refus de souscrire à cette obligation que le prêteur délivre une action, sanctionnant ainsi son *vadimonium fieri jubeo* (1).

Cette obligation de comparaître *in jure*, à un jour dit, qui incombe au débiteur principal et aux cautions est bien différente de cette autre que les textes du Digeste semblent confondre avec elle : *si potestatem sui non faciet*. D'après la compilation de Justinien, c'est également un *fidejussor judicio sistendi causa* qui assume cette obligation, mais la méthode des inscriptions a permis de reconnaître qu'il ne s'agissait ici que du *vindex*, dont l'obligation était d'une nature bien distincte de celle du *fidejussor* qui garantissait le *vadimonium*.

La garant du *vadimonium* s'engage à *reum certo die sisti*, le *fidejussor judicio sistendi causa* promet que le défendeur se présentera un jour, et il ne peut être pour-

(1) V. loi Rubria, c. 21, *in fine* ; Lenel, *Edict. perp.*, p. 65.

suivi que si un décret du préteur lui a ordonné d'exhiber le *reus* à une époque déterminée et seulement si l'exhibition n'a pas eu lieu.

Ces dernières particularités sont incompréhensibles en matière de *vadimonium*, où la stipulation porte sur la comparution à un jour bien déterminé d'avance et où l'action, ici l'*actio ex stipulatu*, est encourue par le seul fait que cette comparution au jour dit n'a pas eu lieu. La présence *in jure* est le premier objet de la stipulation prétorienne qui nous intéresse, c'est celui en vue de quoi elle intervient.

Elle sert aussi de condition à la réalisation d'un autre objet, celui-là secondaire, la *summa vadimonii*, qui sera le stimulant à la réalisation du premier et qui ne sera encourue que si le but principal de la stipulation n'est pas atteint. Il est assez exact de dire que le fait de la présence en justice conditionne l'existence de la *summa vadimonii*. Le défendeur s'engageait donc à payer, dans le cas où il ne se présenterait pas, une certaine somme, dont nous avons maintenant à déterminer le taux.

## § 2. — Montant du *vadimonium*.

Il variait selon les circonstances et se réglait en partie d'après la nature de l'action, en partie sur l'importance du litige.

La *summa vadimonii* s'élevait jusqu'à la valeur entière du litige dans les actions *judicati* et *depensi*. Gaius le dit au 4, 186 : *Et siquidem judicati depensive agetur*

*tanti fit vadimonium, quanti ea res erit....* Que le droit du créancier fût particulièrement favorisé et protégé dans ces deux actions, cela se conçoit de reste. Dans le cas de *judicatum*, il a subi une première épreuve et n'est rien moins que contestable, il mérite toute protection et la garantie pour la totalité. Dans le cas de *depensum*, il se présente également de la manière la plus favorable et la loi civile entoura l'action *depensi* de plusieurs dispositions exceptionnelles. Les créanciers, en vertu du *judicatum* et du *depensum*, jouissaient déjà de la *manus injectio*, reste de l'ancien droit où cet énergique moyen de contrainte était d'une application générale et tendait à faire obtenir, également dans tous les cas, le *quanti ea res erit* en vertu de l'action du *vadimonium*.

C'est la même considération de faveur qui maintint au profit des créanciers demandeurs, en vertu de ces deux causes, un état de droit que l'ancien temps avait connu général. La *summa vadimonii* égale au *quanti ea res erit* n'était rien autre chose que l'objet même du litige, ou bien son équivalent en argent, ce qui est très peu différent, au point de vue pratique du *quantum* à obtenir en justice.

La quasi-confusion de l'objet du procès et de l'objet du *vadimonium* au cas de *vadimonium* sur *quanti ea res erit* a servi de point d'appui à la conjecture originale au moyen de laquelle M. Mommsen interprétait le passage si discuté de la satire d'Horace (1), comme expri-

(1) Voy. les *Jahrbücher* de Bekker et Muther, 6, p. 390, n. 1.

mant que le défendeur *deserens* perdait son procès *ipso jure*.

Nous n'avons pas à examiner ici la valeur de cette conjecture relativement au texte controversé, mais il semble fort probable, au moins très logique, qu'un défendeur fût considéré comme ayant perdu son procès quand il perdait instantanément, en vertu d'une cause différente, mais bien connexe, la valeur même de ce procès, le *quantum ea res* (1).

Mais, à part les deux cas de *judicatum* et de *depensum* (2), qui sont des exceptions, le montant du *vadimonium* était, en règle générale, fixé par le demandeur lui-même.

Comme première garantie, le prêteur lui imposait le *jusjurandum calumniæ* : Gaius le dit, 4, 186 : *Si vero ex cæteris causis, quanti actor juraverit non calumniæ causa postulare tibi vadimonii promitti....* Cette obligation pour le demandeur de jurer au défendeur qu'il était de bonne foi était une garantie pour celui-ci et lui assurait, le cas échéant, l'*actio jurisjurandi*.

(1) V. Girard, *Manuel*, p. 1014, n. 3, *in fine* ; Karlowa, *Röm. Civilpr.*, pp. 323 et ss.

(2) Pour être fondées sur le *quantum ea res erit* et prolonger un état de droit ancien, les actions résultant du *vadimonium* dans ces cas n'en profitaient pas moins des avantages modernes de la stipulation prétorienne, et le caractère indécis du *quantum ea res....* pouvait être corrigé par les demandeurs. Vénuléius dit à ce sujet, l. 11, *De Stipulat. praetor.*, D., 46, 5 : *In ejusmodi stipulationibus quæ quantum ea res est, promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cujusque intersit, et ad exiguam summam deducitur.*

Mais, d'autre part, le demandeur était soumis à un double maximum. La seconde partie du 4,186 de Gaius s'exprime ainsi : ..... *nec tamen (pluris quam partis dimidiæ, nec) pluribus quam sestertium CM fit vadimonium. Itaque si centum milium res erit, nec judicati depensive agetur, non plus quam sestertium quinquaginta milium fit vadimonium.* Ainsi Gaius parle, d'abord, d'un maximum de 100.000 sesterces et, ensuite, d'un maximum consistant dans la moitié de la valeur du litige.

En ce qui concerne ce dernier, il suffit de dire que le *vadimonium* que le demandeur va fixer lui-même par son serment ne peut dépasser la moitié de la valeur de l'objet contesté. Ce maximum est donc relatif, mais facile à concevoir. Il n'en est pas de même du premier qui se présente comme absolu, mais dont la nature a été contestée.

Deux manières d'envisager ce maximum de 100.000 SS. ont été produites. Wetzell (1) le représente comme signifiant, non le taux du *vadimonium*, mais la plus haute valeur d'un procès susceptible d'un *vadimonium* ; autrement dit, l'objet du procès ne devrait pas s'élever au-dessus de 100.000 SS. pour donner lieu à un *vadimonium*, et alors en vertu du second maximum, la *pœna* (sauf au cas de *depensum* et de *judicatum*) ne devrait pas dépasser 50.000 SS.

(1) Cf. *Vindicationsprocess*, p. 77.

Wetzell cite à l'appui de son opinion Julien, *Dig.*, 2, 10, 3, 4 : *Si a fidejussore quinquaginta stipulatus fuero, si in iudicium reus non venerit, petiturus a reo centum et dolo malo Sempronii factum fuerit, ne in iudicium reus veniat, centum a Sempronio consequar.*

Il faudrait traduire le *nec tamen* (.....) *pluribus quam c. milibus fit vadimonium* du 4, 186 de Gaius, par : il n'y a pas de *vadimonium* pour plus de 100.000 SS. au lieu de : il n'y a pas de *vadimonium* de plus de 100.000 SS.

Mais si l'on examine de près le texte de Julien, on peut voir ceci : en disant que le demandeur a stipulé 50 du fidéjusseur et que le défendeur lui est redevable de 100, Julien ne pense pas à fixer le maximum que peut réclamer le demandeur dans le *vadimonium*, mais il « imagine » une hypothèse dont l'objet principal est de montrer quel est le droit du demandeur quand quelqu'un s'est opposé par dol à l'exécution du *vadimonium*. N'aura-t-il droit qu'à ce que devait le fidéjusseur qui a été empêché, ou bien pourra-t-il réclamer tout ce que devait le défendeur ? Julien répond dans ce dernier sens.

L'autre manière, plus normale, d'envisager ce maximum de 100.000 SS. comme le taux le plus élevé du *vadimonium* permet d'avoir des *vadimonia* adjoints à des créances d'une valeur quelconque, chose naturelle et équitable ; et elle restreint la mesure à la *summa vadi-monii* seule.

Le 4, 186 de Gaius ne s'oppose nullement à cette

interprétation, car la partie du paragraphe qui commence à « itaque » représente, dans le développement de Gaius, non l'énoncé d'une prescription limitative, mais une hypothèse exposée à titre d'exemple de la réduction du *vadimonium* à la moitié de la valeur du litige. Quant à la première partie de ce paragraphe, elle a été diversement comprise. D'abord, tel qu'il se trouvait dans son état primitif, le passage présentait une lacune, car la fin ne concorde pas avec le commencement. Il devait être parlé du maximum relatif de la *summa vadimonii* ; pour permettre le raccord avec la dernière phrase, Heffter (1) a conjecturé que dans « nec tamen sestertium CM fit vadimonium. Itaque si centum... », quelque chose manquait ; mais ce qu'il propose d'introduire, il le place immédiatement avant *itaque* et c'est : « nec tamen..... fit vadimonium (nec si res ipsa CC milium tantum sit, vel minoris, ultra partem dimidiam) itaque... »

La restitution proposée par Heffter est à la fois trop vaste et peu claire : il n'explique pas comment le copiste a été amené à cette suppression. La correction la plus admissible est celle qu'a indiquée Huschke (2) et que les romanistes modernes ont admise (3). D'après Huschke, le manuscrit aurait contenu « nec tamen plur. q p̄d n' pluribus q. ss. C milibus fit vadimonium »,

(1) V. *Ad Gaii comm. quartum*, p. 73.

(2) V. *Studien*, p. 336.

(3) Cf. Girard, *Textes de droit romain*, 2<sup>e</sup> éd., p. 394 ; *Gaii Institutiones*, ed. Krueger, 1900, p. 202.

c'est-à-dire : « nec tamen pluris quam partis dimidiæ nec pluribus quam C milibus fit vadimonium ». Sans doute le copiste, ne pouvant plus se retrouver dans les abréviations après *pluris*, et rencontrant à la suite *pluribus*, a pu croire que ce mot était répété à tort deux fois, et ayant substitué alors le second avec la forme *pluribus* au premier *plur.*, il continua en transcrivant ce qui venait après *pluribus*, sans se préoccuper de ce qui précédait.

C'est au moyen de cette reconstitution fort plausible du texte de Gaius qu'on a dégagé les deux règles qui déterminent les 2 maxima, l'un relatif, l'autre absolu, que, suivant les cas, ne doit jamais dépasser le *vadimonium* (1).

Ce double maximum et l'obligation au *jusjurandum calumniæ*, qui servaient de correctif à l'appréciation trop libre de son droit par le demandeur, cessaient d'être applicables dans un cas spécial où nous voyons, comme dans les actions *judicati* et *depensi*, subsister, en quelque sorte, la tradition ancienne (2), dans l'*actio injuriarum æstimatoria*.

Là, en effet, il se pouvait, et les textes le laissent pressentir, que le *vadimonium* atteignit la valeur même du dommage, c'est-à-dire, de l'action principale. Mais cela, par un chemin détourné. Dans cette action prétorienne, quand l'injure était grave (*atrox*), c'était, non

(1) Voy. Lenel, *Edict. perp.*, p. 65.

(2) Voy. Karlowa, *Römische Civilprocess*, p. 324.

pas le demandeur qui fixait le montant de l'amende, mais le magistrat lui-même (1). En effet, en matière d'*injuria atrox*, le préteur avait soin d'apprécier lui-même la prétendue injure : *Cum atrocem injuria prætor æstimare soleat.*., dit Gaius, 3, 224, et des précautions, des mesures exceptionnelles avaient été prises pour mettre le magistrat à même de se prononcer nettement : on lit au *Dig.*, 2, 12, 2, *De feriis : de illis speciebus prætorum adire etiam diebus feriaticis... ut aspectu atrox injuria æstimetur.*

Mais quand le préteur avait omis de prendre ces mesures préalables, et qu'il avait seulement fixé *quantæ pecuniæ nomine fieri debeat vadimonium* (2), on présumait alors que le préteur l'avait estimée (l'injure) à cette valeur-là ; il y avait ainsi comme une présomption de *vadimonium* équivalent au *quanti ea res*. Suivant cette base, le demandeur devait conformer sa prétention, au principal, à la décision du magistrat et reproduire dans sa formule l'évaluation qu'avait indirectement donnée le préteur : « *hac ipsa quantitate taxamus formulam* ».

### § 3. — Quelles personnes ont à fournir le *vadimonium* ?

C'est, en règle générale, le débiteur, le défendeur lui-même ; depuis que le *vadimonium* est devenu une

(1) V. Girard, *Manuel*, p. 388, n. 5 ; cf. Hitzig, *Injuria : Beiträge zur Geschichte der injuria in griechischen und römischen Recht*.

(2) Gaius, 3, 224. La même prescription faite au demandeur se retrouve dans la *Collat. leg.*, 2, 2, 6, 1 : *qui autem injuriarum inquit, agit, certum dicat, quid injuriæ factum sit et taxationem ponat non norem quam quanti vadimonium fuerit.*

stipulation prétorienne, c'est au défendeur en personne que le prêteur adresse la sommation de promettre, avec des garanties, sa comparution en justice; ainsi que nous l'avons déjà dit, il est à lui-même son propre *vas* et les garants qu'il s'adjoit sont les fidéjusseurs ordinaires.

Cependant il se peut que le *vadimonium* ne soit pas promis par le défendeur lui-même, mais par une autre personne qui le constitue en son lieu et place, et qui, par conséquent, s'engage vis-à-vis du demandeur à faire le défendeur comparaître au jour et dans les conditions fixés. Il est donc, par rapport au défendeur en titre, comme son garant et pourrait, à première vue, être confondu avec un de ces fidéjusseurs qui interviennent dans les hypothèses normales. Mais, en réalité, il y a une différence essentielle.

Ici, le *vadimonium promittens* et le *reus debendi* sont scindés, distincts en deux personnes, au contraire de ce qui se passe dans le cas précédent où la nouvelle forme du *vadimonium* récent avait fait ces deux rôles se confondre sur la même tête.

Ce personnage qui promet le *vadimonium* pour un autre est, dans son genre, un débiteur principal, dont l'obligation est, en effet, le *vadimonium* qu'il a contracté personnellement et qu'il peut garantir à son tour par des fidéjusseurs. Ce rôle qui, déterminé en abstraction, peut paraître singulier, est celui qu'en pratique les *domini litium* et les *domini servorum* poursuivis par actions noxales étaient appelés à jouer.

— En ce qui concerne d'abord les représentants judiciaires, les prescriptions de l'Édit au sujet du *vadimonium* tendaient naturellement, en vertu du but même de l'institution, à assurer au demandeur la protection la plus efficace. Si un défendeur à un procès s'était fait représenter en justice, il avait, d'une façon générale, à répondre, vis-à-vis du demandeur, de la ponctualité de son représentant.

Il est curieux d'observer comment l'organisation du *vadimonium*, sur ce point, a dû se prêter aux circonstances et se modeler sur les formes multiples de la représentation judiciaire, suppléant au défaut de garantie, à la garantie insuffisante, quand il y avait lieu, intervenant d'une manière différente quand le demandeur était déjà protégé.

Lorsque le représentant était un *cognitor* ou un *procurator præsentis*, c'était le *dominus* lui-même (1) qui constituait le *vadimonium* pour son représentant. On peut argumenter en ce sens, de Gaius, 4, 101 : « .... Sed si quidem cum cognitore agatur, dominus satisfacere jubetur ; si vero cum procuratore, ipse procurator.... » C'est qu'en pareille conjoncture les pouvoirs du *cognitor* et même ceux du *procurator præsentis* sont ou bien fermement et solennellement établis, ou bien à peu près certains. Le *dominus* ne contestera pas la procédure qui s'ensuivra, c'est comme si le demandeur avait

(1) Paul, 6, *Dig.*, fr. 110, 1, *De Reg. Jur.* ; Jacob. Gothofr., *Opp. min.*, c. 1024 et ss. ; Lenel, *Edict. perp.*, p. 66.

devant lui son adversaire. Le *cognitor* et le *procurator præsensis* sont, d'une façon avérée, à la disposition du *dominus*, celui-ci peut agir et peser sur eux : il est donc compréhensible qu'il assume vis-à-vis du demandeur la responsabilité de leur présence ; c'est lui qui, selon toute vraisemblance, contractera le *vadimonium*.

Lorsqu'au contraire le représentant était un *procurator* constitué sans formes ou même un mandataire spécial, bien plus, lorsqu'on permit de se présenter sans mandat et qu'il s'agissait d'un simple *defensor* (1), il n'en allait plus de même. La même relation étroite n'existait plus entre le *dominus* et son représentant ; ils s'ignoraient peut-être même l'un l'autre ; le *defensor* agissait de lui-même. Il importait qu'il donnât des garanties au demandeur.

Il lui assure l'exécution de la sentence au moyen de la *cautio judicatum solvi* ; il est naturel et logique qu'il ait commencé par lui assurer sa présence *in jure*, au moyen d'un *vadimonium*.

Nous pouvons inférer cela de la fin du passage, cité plus haut, de Gaius : «... si vero cum procuratore, ipse procurator..... ».

D'autre part, il semble qu'une application pratique en soit fournie dans ce fragment de Cicéron (2) : « Ita

(1) V. Accarias, *Précis de Dr. R.*, 2, p. 1068 et suiv. ; Girard, *Manuel*, p. 990.

(2) *Pro Quinctio*, c. 7.

tum disceditur, ut Idibus Septembribus P. Quinctium sisti Sex. Alphenus promitteret (1). »

Le Digeste contient un grand nombre de décisions qui se rapportent à ce genre de *vadimonium* assez usité dans la pratique. L'ensemble de ces décisions manifeste bien qu'il s'agissait là d'un *vadimonium* indépendant du rapport principal qu'il accompagnait, qu'il s'agissait d'une obligation se suffisant à elle-même. Cette idée tend à éviter la confusion de ce *vadimonium* avec tout autre rapport accessoire de garantie ou de fidéjussion. Ainsi, par exemple, lorsqu'un tiers promettait un *vadimonium* pour quelqu'un qui avait cessé d'être tenu de l'obligation ou qui ne l'avait jamais été : ce tiers continuait à être tenu vis-à-vis du demandeur (2).

Cette obligation qui incombait au tiers promettant pour un autre, d'assurer une comparution *in jure* avait son objet déterminé, dont le promettant était responsable jusqu'à réalisation complète, quoiqu'il arrivât par ailleurs. Et, s'il avait garanti la présence de deux personnes, il n'était pas libre, tant qu'une seule des deux avait comparu, quelle que fût la satisfaction que pût obtenir le demandeur (3).

Mais, pour faire naître une obligation indépendante, cette sorte de *vadimonium longa manu* n'en conservait

(1) Le chapitre 8 relate la réalisation de ce *vadimonium* : « Venit Romam Quinctius : vadimonium sistit. »

(2) V. *Dig.*, 2, 11, 10 *pr.*

(3) V. *Dig.*, 2, 6, 4.

pas moins quelque lien avec l'obligation principale, lien assez lâche mais compréhensible en somme, puisqu'aussi bien rien ne fera qu'un *vadimonium* n'intervienne pas à l'occasion d'une instance principale. D'ailleurs, ce lien consiste seulement en ceci, que le *vadimonium* en question subsistait *in eadem causa*, c'est-à-dire pour tous les faits de l'instance, non seulement les faits présents et prévus, mais ceux aussi que pouvaient amener les circonstances, jusqu'à la réalisation complète du droit du demandeur (1).

— Une situation, analogue en fait, mais qui ne laissait pas que d'être bien différente en droit, se présentait lorsqu'un maître était poursuivi par action noxale pour le fait de son esclave. La situation serait analogue en fait, parce que c'est toujours un autre individu que celui auquel aura affaire le demandeur, qui promettra la comparution : ce sera le maître de l'esclave. Mais en droit, il en sera autrement, car une solution différente, la solution normale, possible en cas de représentation ordinaire, est, ici, impossible. L'esclave ne pourrait, en effet, lui-même *vadimonium promittere* : en général, la conception juridique du servage et, en particulier, celle des actions noxales oblige à traiter l'esclave, objet d'une action noxale, précisément comme un objet à présenter en justice.

(1) Ulpien, 47, *Ad Sabinum*, l. 11, *Dig.*, 2, 11 ; bien d'autres textes caractérisent cette forme de *vadimonium*, nous citerons seulement au *Dig.*, l. l., 38, 24. 69, *D.*, 45, 1 ; l. 10, 1, *D.*, 2, 11 ; 28, 2, *D.*, 2, 12.

Parmi les termes employés à ce sujet, qui devaient figurer dans la formule, M. Lenel conjecture qu'il n'y avait pas seulement *sisti*, mais *sisti vel exhiberi* ; si donc il est question de faire *vadimonium* pour l'esclave, objet d'une action noxale, c'est plus pour tenir compte de cette circonstance de fait que l'esclave, étant un être humain, peut disposer de ses mouvements et venir en justice fournir des explications utiles au débat, que pour lui reconnaître un droit quelconque à figurer au procès comme défendeur principal.

Si c'est le propriétaire qui promet la présence de l'esclave *in jure*, rien n'empêche de concevoir en droit que, par là, le maître fait *vadimonium* pour lui-même et promet sa comparution personnelle au procès : par là, nous rentrerions dans les hypothèses normales. Or rien ne s'oppose à cette conception : ce qui la renforce, c'est l'éventualité de la réalisation de l'une des deux alternatives ; si l'abandon noxal a lieu, ce n'est plus seulement en droit que l'esclave sera un objet, une chose, mais aussi en fait, et le maître restera en présence du demandeur.

Objectera-t-on qu'en ce cas, en vertu de l'abandon noxal, il n'y a plus de procès, plus de demandeur ni de défendeur ? Ce serait insuffisant, car ici encore, comme dans les hypothèses précédentes, la comparution *in jure* est nécessaire « *in eadem causa* » pour tous les faits engendrés ou motivés par la cause, et il peut y en avoir d'autres que l'abandon de l'esclave (1).

(1) M. Lenel conjecture que le *vadimonium si ex noxali causa*

Quoi qu'il en soit, il reste toujours que : « Si servus judicio se sisti promittat non committitur stipulatio neque in eum neque in fidejussores ejus. » Dès lors, le maître est tenu d'exhiber l'esclave au même titre et de la même manière qu'il serait tenu de consigner la somme représentant le dommage causé par celui-ci. Livrer l'esclave ou payer le dommage causé sont les deux prestations entre lesquelles il a le droit de choisir ; mais dans les deux cas, il est, lui seul, le sujet de l'obligation.

Donc, si nous parlons ici de *vadimonium* pour la comparution de l'esclave, c'est bien pour rendre hommage à la nature des choses qui veut qu'un esclave soit homme ; mais, en droit, l'hypothèse est bien différente des cas examinés plus haut.

Jusqu'ici, les parties adverses discutaient librement leurs propositions et le demandeur n'écoutait que ses préférences sur le point de savoir s'il devait exiger un *vadimonium* et sur le choix des fidéjusseurs. Mais, pour tout dire sur les personnes qui avaient à constituer le *vadimonium*, il faut mentionner cette catégorie de défendeurs privilégiés qui jouissaient de certaines prérogatives limitant la liberté des demandeurs : Gaius, 4, 187, dit :

*agatur* est constitué pour « in eadem causa sisti vel exhiberi », Paul, 72, *Ad Ed.*, fr. 83 in fine, *De V. O., D.*, 45, 1 ; *Edict. perp.*, p. 408 ; ailleurs, *Ed. p.*, p. 67, que le préteur aurait dit : « ita vadimonium fieri jubebo ut in eadem causa eum exhibere promittat... » à propos de la rubrique du Digeste : *Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur.*

*Quas autem personas sine permissu prætoris impune in jus vocare non possumus, easdem nec vadimonio invitas obligare possumus præterquam si prætor aditus promittat* (1).

Ainsi, les personnes qui ne peuvent être appelées *in jus* qu'avec la permission du préteur ne peuvent également être assujetties au *vadimonium* que sous la même condition. Les personnes sont désignées dans un autre texte de Gaius, 4, 183 :

*Quasdam tamen personas sine permissu prætoris in jus vocare non licet, veluti parentes patronos, patronas, item liberos parentes patroni patronæve.*

Les ascendants (*parentes*), ainsi que le *patronus*, la *patrona*, leurs ascendants et leurs enfants (*parentes et liberi*) ne pouvaient être appelés *in jus* qu'avec la permission du préteur : ils ne peuvent être contraints au *vadimonium* qu'avec la même permission. L'analogie de situation explique l'identité de règles : dans les deux cas, c'était une marque de respect que devait le demandeur.

Mais une autre prérogative accompagnait et complétait celle-là ; c'était le droit, existant d'ailleurs également

(1) Dans sa reconstitution de l'Edit, M. Lenel extrait de ce texte de Gaius une des clauses spéciales sur le *vadimonium*, selon lui la 6<sup>e</sup> de l'Edit : « *quas personas sine permissu prætoris vadari non liceat* ». M. Lenel estime, en outre, qu'il serait fort possible qu'à ce texte, donnant la base principale de la clause, s'adjoignit une autre disposition dans laquelle le préteur prévoyait le *vadimonium* à constituer au cas où l'*in jus vocatus* invoquait le *jus revocandi domum*. Cf. Ulpien, 7, fr. 7, *De judic.*, D., 5, 1 ; Gaius, 2, fr. 8, *eod.*, et surtout Lenel, *Ed. perp.*, p. 67.

dans les deux matières de l'*in jus vocatio* et du *vadimonium*, de faire accepter sans discussion les fidejusseurs offerts. La symétrie de règles dans l'une et l'autre hypothèse ressort d'un texte (1) du *Dig.*, remanié par les compilateurs, mais dans lequel M. Lenel a reconnu le *vindex* sous le *fidejussor iudicio sistendi causa*. Aucun doute ne peut se produire. Si on le rapproche de Gaius, 4, 187, il va de soi que la même faveur était accordée en cas de *vadimonium*.

#### § 4. — Différentes formes de *vadimonia*.

La stipulation prétorienne du *vadimonium* était susceptible de prendre différentes formes : elles sont énumérées dans un texte connu de Gaius, 4, 185 : *Fiunt autem vadimonia quibusdam ex causis pura, id est sine satisfactione, quibusdam cum satisfactione, quibusdam iurjurando, quibusdam recuperatoribus suppositis, id est, ut qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summam vadimonii condemnetur*. Ce texte donne ainsi les principales formes dans lesquelles pouvait être constitué le *vadimonium* : simple promesse (*pure*) ; promesse

(1) Ulp., 5, fr. 2, 2, *Qui satisd. cog.*, *Dig.*, 2, 8 : *Prætor ait : si quis parentem, patronum patronam, liberos aut parentes patroni patronæ, liberosve suos eumve, quem in potestate habebit, vel uxorem, vel nurum in jus (?) (Lenel) (Digeste : in iudicium) vocabit : qualiscumque vindex (Dig. : fidejussor iudicio sistendi causa) accipiat. V. Lenel, Edict. perp.*, p. 55. M. Lenel s'étend sur les actions qui sont accordées en cas d'infractions à ces prescriptions et sur les formules qu'en donne Gaius ; mais cela concerne proprement l'*in jus vocatio* et le *vindex*. V. Lenel, *op. cit.*, p. 66.

garantie par des fidéjusseurs (*cum satisdatione*) ou par un serment (*jurejurando*) ; enfin, promesse au sujet de laquelle intervenaient des récupérateurs (*recuperatoribus suppositis*).

— Ces différentes formes ne pouvaient pas être employées l'une pour l'autre, indifféremment : l'Édit du prêteur prit, au contraire, le soin d'indiquer dans quelles circonstances on pouvait exiger telle ou telle espèce de *vadimonium*.

Les actions judiciaires ne se répartissaient pas, cependant, comme par catégories, entre ces différentes formes, de telle sorte qu'elles eussent une importance égale et une application uniforme.

L'examen des solutions fournies par les textes permet d'affirmer que dans toutes les hypothèses où l'Édit ou une disposition quelconque n'avait pas fixé une forme autre, c'était la promesse accompagnée de *satisdatio* qui constituait le droit commun. Dans les relations de droit privé où le prêteur n'avait pas cru devoir intervenir ou bien par une faveur ou bien par une rigueur particulières, c'était l'usage et la pratique courante qu'un créancier ou qu'un demandeur exigeât des garanties, des fidéjusseurs, d'un débiteur en qui rien ne le poussait à mettre une confiance excessive.

Aussi bien, les cas énumérés par les textes où intervenaient la *repromissio*, le *jusjurandum* ou les *recuperatores*, manifestent tous, quoique de façon différente et souvent opposée, quelque caractère particulier.

— La première forme qui doive, à ce titre, attirer l'attention est, il semble, celle du *vadimonium recuperatoribus suppositis*. Elle intervenait dans des cas nombreux mais très divers, où la situation du demandeur méritait une considération particulière.

La variété et la multiplicité des cas d'application du *vadimonium recuperatoribus suppositis* ont été la cause d'une certaine obscurité et ont provoqué de graves dissentiments parmi les commentateurs sur les points essentiels de savoir le mode et l'époque d'intervention des récupérateurs.

Tout d'abord, dans quels cas y avait-il lieu à cette forme? Il paraît très vraisemblable que ce qui en décide ici, ce n'est pas la considération de la personne du défendeur, mais la nature de la prétention, le caractère de l'objet. L'adjonction des récupérateurs n'avait pas lieu seulement dans le *vadimonium* par promesse, mais aussi bien dans le *vadimonium* par serment, et, à vrai dire, les récupérateurs sont, non pas une sûreté, mais ce qui donne une valeur particulière à la sûreté, une modification avantageuse de celle-ci : leur place peut être, à la fois, dans les diverses formes de *vadimonia*.

Le « *recuperatores supponere* » devait certainement trouver place dans les questions privilégiées, c'est-à-dire celles qui méritaient d'être tranchées rapidement (1). Or, ces questions privilégiées, il est vraisemblable que

(1) Voy. Voigt, *Ueber das Vadimonium*, p. 357, n. 166.

ce sont les questions délictuelles, lesquelles forment même la principale source des *judicia recuperatoria*. M. Lenel, dans sa reconstitution de l'Édit perpétuel, a rapproché certains fragments des commentaires des jurisconsultes sur la matière, notamment du livre 7 de Paul ; il a ainsi découvert certaines tournures particulières qui se rapportaient antérieurement à l'intervention des récupérateurs dans le *vadimonium*, mais dont la relation directe s'était éclipsée par suite de leur mention au Digeste.

Elles ont toutes trait à des questions délictuelles et visent à déterminer et caractériser minutieusement la consistance des délits, autrement dit, l'importance des dommages résultant du vol. On voit poindre là la raison qui motivait l'adjonction des récupérateurs : c'était la faveur toute particulière que méritait la cause de la victime. Il importait, en effet, que les éléments du tort subi fussent exactement connus, pour que la réparation fût la plus complète possible (1).

(1) Paul, fr. 14, *pr.*, *De V.S.*, et Ulpien, fr. 13, 1 à 3 *eod.*, examinent la question de savoir si on peut dire : *rem furto abesse* et aussi comment on pouvait rattacher cette expression aux conditions de l'Édit. Paul, 7, fr. 14, 1, *De V.S.*, définit aussi l'expression *rem amisisse* ; M. Lenel constate que le mot *amissum* se rencontre aussi dans l'édit *de turba*, fr. 4, 9, 10, *Dig.*, 47, 8, dans lequel un *judicium recuperatorium* était également accordé. L'expression de Paul *rem amisisse videtur qui adversus nullum ejus persequendæ actionem habet* peut s'appliquer à un vol anonyme, au cas assez fréquent où, dans un tumulte, quelque chose vient à disparaître, sans qu'on sache exactement quel est l'auteur du vol. Au même livre 7, Paul définissait, dans un ordre d'idées connexe, le mot *armatos*, sans doute à propos

La question est assez controversée de savoir à quel moment et de quelle manière intervenaient les récupérateurs? De nombreuses opinions ont été émises à ce sujet, mais il est possible de les répartir en deux groupes opposés dont chacun s'inspire d'une idée commune.

Dans un premier groupe se rangeront les systèmes qui admettent que l'adjonction des récupérateurs entraîne des modifications spécifiques dans la stipulation du *vadimonium* au moment où elle se forme, entraîne avec elle des clauses spéciales qui changent ou compliquent le type normal de l'obligation.

Une opinion, la moins hardie, estime avec Puchta (1) que, dans certains cas, on substituait à la *satisfactio* l'éventualité de la condamnation immédiate du défendeur à la *pœna* au moyen des récupérateurs, quand le *vadimonium* était *desertum*.

Une opinion plus radicale a été professée par Rudorff (2) et Keller (3). D'après eux, le *vadimonium recuperatoribus suppositis* avait lieu de manière qu'en place non seulement de la *satisfactio* (Puchta) mais aussi de la

du *damnum vi hominibus armatis coactisve datum*. M. Lenel rapporte à notre matière des textes de Callistrate qui définissent le *navis expugnata*; et il insiste sur ce point, qui est conforme à l'idée directrice, qu'il est fort probable que le *judicium recuperatorium* intervenait seulement si *cui furto res abesse videtur*, et même pas si la victime, ayant recouvré son objet, luttait de *lucro captando*. V. sur ces points Lenel, *Edict. perp.*, p. 69.

(1) V. *Institutionen*, § 160.

(2) V. Rudorff sur Puchta, *Institutionen*, § 160.

(3) Keller, *Römische Civilprocess*, n. 542.

*promissio pœnae* une *actio pœnalis in factum* subordonnée à la non-comparution était établie d'avance et délivrée sur le champ.

Un autre auteur est allé plus loin encore : Zenger (1) soutient que, dans notre hypothèse, le *vadimonium* aurait contenu une clause en vertu de laquelle le *promittens* consentait à se laisser condamner *de plano* à la *pœna* promise, au cas de *desertio*.

Mais d'abord, en ce qui concerne cette dernière opinion, il faut dire qu'elle est contredite à la fois par le texte de Gaius, 4, 185, et par l'esprit même du droit romain (2) qui ne connaît pas les renonciations contractuelles à une *defensio in lite* future.

Quant à la théorie de Keller et Rudorff d'après laquelle le *vadimonium* serait ici transformé, la *promissio pœnæ* supprimée, une *pœna* légale substituée à une *pœna* conventionnelle, quant à cette théorie qui remplace l'*actio vadimonii* par une action pénale *in factum*, un examen attentif démontre que c'est le contraire que dit Gaius : en effet, la condamnation est prononcée par les récupérateurs pour la *summa vadimonii* et non pour une *pœna* plus ou moins constituée par la loi ou par l'Édit : « ..... ut qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summam vadimonii condemnetur..... »

Dans un second groupe il convient de ranger les opinions qui admettent que l'adjonction des récupérateurs

(1) Voy. *Ueber das Vadimonium der Römer*, p. 34.

(2) Voy. Voigt, *op. cit.*, p. 357, n. 166.

ne modifiait pas la substance de la stipulation du *vadimonium*, mais avait seulement pour but de pourvoir, dans le dessein favorable de hâter une solution, aux suites du *vadimonium*, imprévues lors de sa formation : à ce sujet, nous rappellerons, chose qui confirmerait notre hypothèse, ce qui a été dit plus haut sur l'intervention probable des récupérateurs dans les diverses espèces de *vadimonia*. Ils pouvaient être « adjoints » sans distinction des formes employées, mais quand le besoin s'en faisait sentir, en cas de nécessité sérieuse, donc après la constitution du *vadimonium*. Comme le dit avec raison M. Voigt, le *recuperatores supponere* doit être conçu de telle manière qu'après la conclusion du *vadimonium*, le prêteur puisse accomplir une *recuperatorum datio*, dès l'instant que le défendeur se sera rendu coupable de *desertio vadimonii*. De la sorte, une procédure spéciale n'est plus nécessaire et le prêteur pourvoit immédiatement au *judicium*, sur la requête du demandeur (1), sans débat préalable *in jure*.

— Maintenant, quand le *vadimonium* sera-t-il *purum* ? Les motifs qui fondent l'exemption de la *satisdatio* sont tirés soit du caractère de la personne, soit de la nature de la stipulation.

(1) M. Karlowa, *Legisactionen*, p. 327, partage la même manière de voir ; il conjecture aussi que, si le défendeur ne se présentait pas de la manière convenue, le demandeur pouvait, en cas de flagrant délit, l'amener lui-même devant les récupérateurs pour être condamné le plus rapidement possible d'après la formule déjà délivrée. M. Karlowa voit dans cette procédure exceptionnelle des vestiges de la vieille *legis actio per manus injectionem*.

En ce qui concerne d'abord ce dernier point, il semble qu'il n'y ait, au Digeste, qu'un seul texte qui prévoit directement la question : c'est la loi 2, 6, *Dig.*, 5, 1. Le texte, comme tous ceux dans lesquels il était question de *vadimonium*, fut remanié par les compilateurs ; les mots *cavere in judicio sisti* sont interpolés pour *vadimonium facere* ou *præstare*. L'hypothèse prévue est relative au *jus revocandi domum* (1). Un citoyen romain, en même temps citoyen d'un municipe, se trouve à Rome comme membre d'une ambassade envoyée par son municipe ; comme citoyen romain, il peut être cité devant le préteur. Le demandeur veut, par exemple, se faire payer d'une somme d'argent qui lui est due par le défendeur, en vertu d'un contrat conclu à Rome lors d'un précédent séjour fait par le citoyen du municipe. Le défendeur pourra user du *jus revocandi domum* et se refuser à accepter la délivrance de la formule d'action devant le magistrat romain ; il demandera à être poursuivi devant le magistrat de son municipe (2).

(1) *Sed si dubitetur, utrum in ea quis causa sit, ut domum revocare possit nec ne, ipse prætor debet causa cognita statuere. Quod si constiterit in ea eum esse causa, ut domum revocet, debet cavere in judicio sisti* (l. *vadimonium facere*) *statuente prætore in quem diem promittat. Sed si utrum nuda cautione an satisdato, Marcellus dubitat: mihi videtur sola promissione, quod et Mela scribit; alioquin compelletur judicium accipere invenire eos qui satis pro eo dent.*

(2) Étaient dans la même situation les habitants des municipes qui venaient à Rome, appelés comme témoins, *D.*, 5, 1, 2, 3 ; ils avaient également la faculté du *jus revocandi domum*. Mais tout motif qui amenait à Rome un citoyen de municipe ne donnait pas ouverture à ce droit ; cela va de soi, notamment la poursuite à Rome, pour

Le magistrat, quand l'une des parties invoquera le *jus revocandi*, aura donc à examiner si toutes les conditions requises pour user de ce droit sont réunies. En supposant qu'elles le soient, il faudra tout au moins que la comparution devant le magistrat romain n'ait pas été complètement inutile, et en conséquence, le préteur fera faire au défendeur un *vadimonium* pour promettre sa comparution devant le magistrat de son municipe.

Seulement, la question se posait de savoir si des débiteurs accessoires s'engageraient en même temps que le défendeur. Par le texte signalé précédemment, nous voyons que Mela et Ulpien s'étaient prononcés en faveur du *vadimonium purum*. Il est possible en effet que le défendeur ne connaisse personne à Rome ; il aurait grande difficulté à trouver des fidéjusseurs, il serait à craindre que cet obstacle le fit renoncer au *jus revocandi domum*. Par cette voie détournée, son privilège aurait été réduit à peu de chose.

Le second motif, pour lequel le *vadimonium purum* était admis, était tiré de considérations de personnes.

D'abord l'Etat et les municipalités, agissant par l'intermédiaire de leurs représentants, ne fournissaient, vraisemblablement en matière de *vadimonium*, que la *nuda repromissio*. Un fragment (1) emprunté au liv. 6

un délit commis dans cette ville, ne pouvait donner naissance à cette faveur qu'était le *jus revocandi*, pas plus d'ailleurs qu'à un *vadimonium purum*.

(1) D., 36, 3, 6, 1. Au Digeste, au lieu de l'expression *vadimonium*

du traité d'Ulpien sur les fidéicommiss fait allusion à cette dispense pour les cités de fournir des débiteurs accessoires dans l'hypothèse d'une *cautio legatorum vel fideicommissorum* ; mais il n'y a pas de raisons pour croire que la solution fût spéciale à cette *cautio*.

Ensuite, les propriétaires fonciers seront dispensés en cette qualité de fournir la *satisfactio*: *Possessores immobilium rerum satisfacere non compelli*, dit le jurisconsulte Macer, l. 15 *pr.*, *Dig.*, 2, 8. Ce qu'il entend par *possessores*, ce sont les propriétaires fonciers, les possesseurs de bonne foi, les emphytéotes ; le mot ne s'applique pas aux usufruitiers. La loi 15 paraît formuler une règle générale ; cependant, à raison de l'inscription que porte cette loi (Macer, *lib. 1 de appellationibus*), quelques doutes s'élèvent, et il est très probable que notre règle s'applique seulement en matière d'appel.

— Gaius, 4, 185, nous apprend que le *vadimonium* pou-

*purum*, on rencontre celle-ci : *suæ promissioni committuntur*, ce qui signifie que la confiance est concentrée dans la simple promesse, par antithèse à *vadimonium cum satisfactione*, où la confiance se répartit sur le débiteur et les cautions. Il est certain que *vadimonium purum* ne pouvait se trouver au *Dig.*, puisque toutes les mentions du *vadimonium* en ont été écartées ; mais c'est une question de savoir si les mots *suæ promissioni committuntur* sont les expressions authentiques de l'Edit. M. Lenel le soutient et intercale cette formule dans sa troisième clause de l'Edit : *Qui satisfacere cogantur vel jurato promittant vel suæ promissioni committantur*. V. Lenel, *Edict. perp.*, p. 66 ; Rudorff, au contraire, *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, 4, p. 63, ne la croit pas authentique et la représente comme venant de la procédure pénale extraordinaire dont les formes n'ont cessé de pénétrer de plus en plus dans le droit civil.

vait aussi être formé *jurejurando*, consister en une *cautio juratoria*. Le serment promissoire suffit-il, ou bien, au contraire, le serment vient-il s'ajouter à la stipulation ? Y a-t-il d'abord une *nuda repromissio*, puis un serment ? Il est vraisemblable qu'une *nuda repromissio* précédait la prestation de serment. D'abord la loi 16 (1), *Dig.*, 2, 8, y ferait songer ; ensuite la rubrique même du titre : d'après cette rubrique, il y a trois hypothèses prévues : *qui satisfacere cogantur, — vel jurato promittant, — vel suæ promissioni committantur*. Il semble qu'il y ait là une gradation ; que dans la troisième hypothèse, la sûreté soit moindre et que, par conséquent, dans le second cas, il y ait déjà *promissio*. Enfin le paragraphe 2 des Institutes de Justinien, 4, 11, est favorable à cette doctrine : *vel committitur suæ promissioni cum jurejurando* porte à croire qu'il y avait stipulation.

Cependant l'opinion contraire, qui remonte, croyons-nous, à Heineccius (2), est assez répandue. La *cautio juratoria* serait le serment promissoire de l'ancien droit. Le texte de Gaius, 4, 185, est plutôt favorable à ce système, mais cependant pas décisif.

Il y a de sérieuses difficultés à admettre cette manière de voir. Qu'arrivera-t-il si le défendeur ne comparait pas au jour dit ? N'y aura-t-il pas d'autre sanction que la peine résultant du serment ? Il est, d'ailleurs, tout à

(1) Paul, 6, *Ad Edict.* : *Qui jurato promisit judicio sisti (vadimonium) non videtur pejerasse, si ex concessa causa hoc deseruerit.*

(2) « *Juratoria et nude promissoria (cautio) solo privilegio nituntur* » (*Elem. jur. civ. secund. ord. Pandect.*, 2, 8, 300) ; Gaius, 4, 185.

fait gratuit d'affirmer que le magistrat accordait, dans ce cas, au demandeur une *actio ex stipulatu utilis*.

Dans quels cas constituait-on le *vadimonium* par serment? Les textes ne permettent pas de donner une solution nette à cet égard. Mais il devait y entrer des considérations de dignité personnelle. On a conjecturé avec vraisemblance, d'après la loi 15, *Dig.*, 12, 2, qu'à l'époque classique le droit de fournir simplement la *cautio juratoria* était le privilège accordé aux personnes d'un rang élevé. Il est fort possible que cette mesure soit l'antécédent normal de la loi 17 au Code, 12, 1, constitution d'après laquelle les *virī illustres* fournissaient seulement la *cautio juratoria* (1).

— Maintenant, la question de savoir qui devait fournir des fidéjusseurs dans le *vadimonium* offre moins de difficultés. C'était tous ceux qui n'avaient pas le droit de faire des *vadimonia* par promesse ou par serment. S'il paraît bien cependant, ainsi qu'il a été dit plus haut, que le *vadimonium* constitué avec *satisdatio* fut le droit commun, le mode employé par des parties qui n'avaient aucune raison d'accorder une confiance spéciale à leur adversaire, nous constatons dans les textes certaines hypothèses où il est plus particulièrement spécifié que le *vadimonium* aura lieu *cum satisdatione*, où intervient donc, en quelque sorte, une *satisdatio necessaria*.

(1) De Gaius, 4, 172, il y aurait peut-être à tirer un argument d'analogie qui permettrait de penser que les femmes et les pupilles jouissaient de cette faveur.

Suivant Gaius, l'Edit perpétuel s'expliquait d'une façon précise sur ce sujet, mais cette partie de l'Édit ne nous est pas parvenue ; on peut cependant relever quelques exemples dans les textes. En ce qui concerne d'abord l'*actio furti* ou l'*actio injuriarum*, il n'est pas permis de douter que le défendeur ait dû faire intervenir des débiteurs accessoires. De même pour les actions *judicati* et *depensi* : dans ces hypothèses, en effet, la *cautio judicatum solvi* était indispensable (1) ; or, lorsqu'il s'agit de ces deux actions, on peut, il semble, conclure de la *cautio judicatum solvi* à la nécessité de fournir la *satisfactio* en matière de *vadimonium*.

La même chose doit être dite, au moyen du même raisonnement, pour le *vadimonium* du représentant judiciaire. Gaius, 4, 101, parle de la nécessité de la *cautio judicatum solvi* ; on peut en inférer à la *satisfactio* pour le *vadimonium* : *Ab eo ejus vero parte cum quo agitur, siquidem alieno nomine aliquis interveniat, omni modo satisfdari debet, quia nemo alienæ rei sine satisfactioe defensor idoneus intellegitur* (2).

— Et, d'une façon générale, il semble même que la *satisfactio* était exigée en matière de *vadimonium* toutes les fois que l'action avait pour objet la restitution d'une propriété prétendue du demandeur, notamment, quand

(1) Gaius, 4, 102 : *Quodsi proprio nomine aliquis judicium accipiat in personam, certis ex causis satisfdari solet quas ipse prætor significat,.... propter genus actionis veluti judicati depensive, .....*

(2) Voy. Lenel, *Edict. perp.*, p. 66.

l'action était une action *commodati* (1), ou une action *locati* (2); il en était de même pour l'action (3) intentée par le nu propriétaire contre l'usufruitier à la fin de l'usufruit.

§ 5. — Dans quels termes était conçu le *vadimonium* ?

Quelle était la structure matérielle de cette stipulation prétorienne ? C'est une question que les textes ne nous autorisent pas à trancher avec une précision quelconque.

Il est bien vrai que les règles générales de la stipulation prétorienne étaient applicables au *vadimonium*, comme, par exemple, celle qu'énoncent les lois 52, *pr.*, *Dig.*, 45, 1 et 10, *Dig.*, 46, 5, à savoir qu'à la différence des stipulations conventionnelles, les stipulations prétoriennes étaient composées par le préteur : *denique prætorii stipulationibus nihil immutare licet, neque addere, neque detrahere* ; exception faite pour le préteur qui avait le droit de modifier et corriger à son gré.

D'ailleurs, il publiait dans son album des modèles ou

(1) Ulp., 2, fr. 39, *Commod.*, *Dig.*, 13, 6 : *nemo enim commodando rem facit ejus cui commodat.*

(2) Ulp., fr. 39, *Locati*, *Dig.*, 19, 2 : *non solet locatio dominium mutare.*

(3) Paul, 2, fr. 4, *De usufr.*, *Dig.*, 7, 1 : *Ususfructus in multis casibus pars domini est, et exstat quod vel præsens vel ex die dari potest.* — Voy. Lenel, *Zeitschr. Sav. Stift.*, 2, 1881, 40 : en découvrant la relation originale de ces différents textes, M. Lenel a pu dégager cette idée que nous énonçons dans le texte.

formules générales. M. Lenel a tenté de reconstituer, dans son *Edictum perpetuum*, une clause qu'il classe sixième et qu'il intitule *de vadimonio concipiendo* (1). L'inscription que porte la loi 6, *De R. V., Dig.*, 6, 1 (Paul, 6, *Ad. Ed.*) permet de relier son contenu à la matière du *vadimonium* dont s'occupait Paul à cet endroit de son commentaire. Or, ce texte qui, dans la compilation de Justinien, a trait à l'*intentio* de la *rei vindicatio*, s'expliquait originellement sur la manière dont l'objet de la demande qu'accompagnait le *vadimonium* devait être caractérisé : *Si in rem aliquis agat, debet designare rem et utrum totam an partem et quotam petat* ; et le texte continue en fixant quels points devaient être particulièrement précisés.

Il y en avait un certain nombre (2) et d'assez minutieux, mais est-ce à dire, comme l'ont fait certains anciens auteurs (3), que la rédaction d'un *vadimonium* exigeait une grande subtilité et des aptitudes juridiques spéciales ? Nullement, le texte de Cicéron, *Ad Quint.*, cité précédemment, sur lequel ils s'appuient ne dit point

(1) Cicér., *Ad Quint. fr.*, 2, 13, 3 : *Trebatium quod ad se miserim, persalse,..... gratias mihi agit (Cæsar), negat enim (Trebatius Testa),... eorum qui una essent, quemquam fuisse, qui vadimonium concipere posset.*

(2) *L. c.*, «....., quamvis et in vasis occurrat difficultas, utrum lancem dumtaxat dici oporteat an etiam, quadrata vel rotunda, vel pura an cælata sint, quæ ipsa in petitionibus quoque adicere difficile est..... licet in petendo homine nomen ejus dici debeat et utrum puer an adulescens sit, utique si plures sint..... »

(3) Heineccius, *Ant.*, 4, 6, 20 ; Asverus, *Die Denuntiatio der Ræmer*, 1843, p. 133.

pareille chose, et tout ce que l'on peut avancer en pensant au mot plutôt littéraire d'Ovide (1) : « *vadimonia garrula* », c'est que, dans la rédaction d'un *vadimonium*, il y avait plusieurs choses à prendre en considération, différentes éventualités à prévoir, des cas certains et des cas simplement possibles : il en devait fatalement résulter une grande abondance de mots dans la rédaction (2).

(1) *Amor.*, 1, 12, 23.

(2) V. Keller, *Civilprocess*, § 47, n. 544 ; Lenel, *Edict. perp.*, pp. 66 et 408.

## QUATRIÈME PARTIE

### EFFETS DU VADIMONIUM.

Les effets du *vadimonium* doivent être recherchés au cas où le défendeur ne comparait pas en justice, car c'est en prévision de cet événement qu'il a été conclu. Il constituait une précaution : si celle-ci n'a pas trouvé à s'appliquer, c'est le droit ordinaire qui reprend son empire, et le demandeur continue d'exercer son droit sur les bases de ses prétentions primitives.

Les conséquences propres du *vadimonium* se produisent donc au cas de *vadimonium desertum*, quand le défendeur oublie son engagement de paraître en justice.

De quelle nature étaient-elles ? c'est une des questions les plus obscures du sujet ; elle a reçu, de tout temps, les réponses les plus diverses (1).

Conséquences au cas où les deux parties  
ne se présentent pas.

Si aucune des deux parties ne comparait, tout reste

(1) Cf. Voorda, *De vadimonio*, 4, 2 ; Cujas, *Comment. ad leg.*, 7, 12, *Dig.*, 4, 4 ; *Observ.*, 10, 10 ; *Exposit. nov.*, 69 ; Car. Bretus, *Ordo perant. jud.*, c. 22 ; Doneau, *Com. j.*, 23, 9, 10 ; Glück, *Com.*, 3, 252 ; Heffter, *Institutionen des Civilprocess*, pp. 276, 306.

en l'état, comme avant l'*in jus vocatio*. Le demandeur ne pouvait tirer aucun droit de la *desertio*, et le défendeur, ainsi que ses cautions, étaient libérés de leur obligation *ipso jure*. Toutefois celui-là pouvait à nouveau citer son adversaire devant le magistrat. Ce point, dérivant de la nature des choses, se justifie encore par un passage de Cicéron.

En effet, dans le *Pro Quinctio*, c. 6, Nœvius prend acte du *vadimonium desertum* de son adversaire ; il ne lui suffit pas d'établir que son adversaire n'était pas présent au jour fixé ; il faut aussi qu'il prouve que lui-même a comparu : « Testificatur iste : P. Quinctium non stetisse et se stetisse ». Si aucun des deux n'avait comparu, les choses revenaient en l'état.

**Le demandeur seul ne comparaît pas.**

Ce cas, quoiqu'assez rare, n'est cependant pas impossible. D'anciens auteurs ont cru qu'alors rien ne serait décidé *in jure*, mais que le demandeur devait équitablement supporter les dépenses occasionnées jusque-là. Certains hésitaient, au contraire, à lui faire subir un dommage quelconque. D'autres, enfin, admettaient que le procès était perdu pour tous les deux (1).

C'était manifestement injuste à l'égard du défendeur. Déjà Voorda (2) l'avait remarqué et avait limité la responsabilité du dommage au seul demandeur :

(1) En ce sens, notamment Sigonius, Heineccius, etc.

(2) *Op. cit.*, 4, 2.

c'était lui qui devait perdre son procès par son absence.

Pour le démontrer, Voorda, dont la théorie a été suivie par Zimmern (1), s'appuyait sur deux passages d'auteurs littéraires :

Horace, *Serm.*, 1, 9 :

*Ventum erat ad vestæ quartæ jam parte diei  
Præterita, et casu tunc respondere vadato  
Debebat, quod ni fecisset, perdere litem.*

Suétone, *Caligula*, 39 :

*Quidquid instrumenti veteris aulæ erat, ab urbe repetiit, comprehensis ad deportandum meritoriis quoque vehiculis, et pistrinensibus jumentis, adeo ut et panis Romæ sæpe deficeret, et litigatorum plerique, quod occurrere absentes ad vadimonium non possent, causa caderent.*

Voorda, Zimmern, et ceux qui ont suivi leur théorie, admettent que, dans le premier texte, le fâcheux qui accompagnait Horace était demandeur dans la procédure en cours, et que, dans le second texte, les *litigatores* étaient seulement des demandeurs.

Admettons-le un moment avec eux et examinons leur système dans ces conditions :

1) D'abord, on ne comprend pas du tout pourquoi, étant donnée une obligation née au profit du demandeur, son inexécution entraînerait la perte de la chose, alors qu'un tel préjudice n'atteindrait en rien le défendeur, lui profiterait au contraire, à lui, le principal obligé dans le *vadimonium*.

(1) *Der römische Civilprocess*, 350, 3.

2) Sile demandeur devait en venir à perdre sa chose, que devient l'axiome que personne n'est contraint d'agir (*D.*, 44, 4, 4, *in fine*) ?

3) Il est, de plus, étrange que d'un fait aussi important, aucun vestige ne soit resté dans tous les textes juridiques.

4) De même, pourquoi ne permettrait-on pas au demandeur absent une de ces excuses qui sont mentionnées en si grand nombre au profit du défendeur ?

Le système que nous critiquons ne semble pas donner à l'expression *causa cadere* son véritable sens (1), précis et étroit.

Il semble bien que c'était seulement au cas où la formule était défectueuse, entachée d'un vice, qu'avait lieu le *causa cadere*, le *litem perdere*. En effet, les expressions *formula cadere* et *excidere* nous révèlent déjà que la procédure devait être instruite conformément à l'*ordo judiciorum* rigoureusement suivi.

Quintilien donne à comprendre que *causa cadere* a son fondement dans une erreur résidant dans la formule : *Cum si uno verbo sit erratum, tota causa cecidisse videamur* (2). — *Sit tolerabile formula errare et in petitione non uti jure concesso* (3). On peut compter parmi les plus

(1) L'expression *causa cadere* et autres analogues *formula cadere*, *excidere*, *litem*, *causam*, *rem perdere*, *rem amittere*, applicables le plus souvent au demandeur, se rencontrent fréquemment dans *Autor. ad Herenn.*, 1, 12 ; *Gaius*, 4, 11, 30, 53-66, 18 ; *Fragm. Vat.*, 53.

(2) *Instit. orat.*, 8, 3.

(3) *Declam.*, 250 ; cf. *Gaius*, 4, 11, 30.

communes de ces erreurs les différentes *pluspetitiones* (1). Etant donné la nature de ces dernières, il faut admettre qu'il n'y avait à pouvoir *causa cadere* que le demandeur qui avait obtenu la formule demandée.

*Causa cadere* n'est pas le fait de celui dont la prétention est rendue inefficace par une *exceptio* (2), et le fait d'échouer par suite d'insuffisance ou de vice dans la preuve s'appelait bien plutôt *non obtinere* (3).

La définition de *causa cadere* est donc beaucoup plus étroite que ne l'avaient pensé d'anciens commentateurs. Nous croyons que l'on doit plutôt admettre que l'absence du demandeur ne libérait le défendeur ni *ipso jure* ni *exceptionis ope* ; mais tout dépendait de savoir, au point de vue qui nous occupe, si l'action n'était pas tardive.

Dans la discussion qui précède, nous n'avons pas examiné la teneur des textes invoqués par le système que nous combattons ; nous avons supposé admis qu'il s'agissait du demandeur dans les fragments d'Horace et de Suétone. Ce qui avait induit à admettre que, dans le *Serm.* 1, 9, le fâcheux qui importunait Horace était demandeur, c'était l'expression *perdere litem*, qui, soutient-on, ne peut s'appliquer qu'à un demandeur. Connaissant le sens du mot *vadari*, qui est à la fois

(1) Gaius, 4, 33-60, 68 ; Cicéron, *Pro Roscio*, 4 ; *De orator.*, 36, 37.

(2) Cf. *Rhetor. ad Herenn.*, 1, 12 et Cicéron, *De invent.*, 2, 19 ; ces deux termes forment plutôt antithèse.

(3) *D.*, 34, 9, 13, 22 ; *D.*, 49, 14, 38.

actif (exigence du *vadimonium*) et passif (promesse du *vadimonium*), il est permis de choisir la signification passive aussi bien que l'active, et cette interprétation a, en outre, l'avantage de s'accorder parfaitement avec la suite des faits dans le fragment cité. Elle a été adoptée par un grand nombre d'auteurs, Mommsen (1), Rudorff (2), Bethmann-Hollweg (3), Karlova (4), Kipp (5), et Mispoulet (6).

Dans le passage : *Ventum erat ad vestæ....*, le compagnon d'Horace avait constitué un *vadimonium* en tant que défendeur au profit d'un tiers demandeur.

L'autre explication qui soutient que le fâcheux serait demandeur et se serait fait constituer un *vadimonium* par son adversaire échouera toujours contre ce fait que le compagnon d'Horace est traîné *in jus* par son adversaire, après une prise à témoins : « licet antestari ». Ensuite rien, dans l'expression, n'interdit de l'appliquer aussi au défendeur.

C'est tout simple si on entend le mot *lis* dans le sens de « droit, de procès ». Mais si l'on prend le mot *lis* dans le sens d' « objet du procès », *perdere litem* peut aussi bien être dit par le défendeur que *defendere li-*

(1) V. les *Jahrbücher des gemeinen deutschen Rechts*, 6, p. 390.

(2) V. *Römische Rechtsgeschichte*, 2, p. 214, n. 26.

(3) V. *Römische Civilprocess*, 2, p. 572, n. 77.

(4) V. *Römische Civilprocess zur Zeit der Legislationen*, p. 326.

(5) V. *Die Litisdenuntiation als Prozesseinleitungsform*, pp. 415 et ss.

(6) V. *Revue de Philologie*, 1888, p. 8.

*tem* (1) ; car celui qui peut *defendere litem* peut aussi *perdere litem*.

L'autre expression qui caractérise aussi la conduite du fâcheux d'Horace, *rem relinquere*, s'applique aussi bien au défendeur qui abandonne l'objet du procès ou le procès lui-même, qu'au demandeur. Enfin le *respondere* du v. 36 ne peut être dit que par le défendeur.

Ces différentes raisons montrent que l'on ne peut pas tirer du texte d'Horace un argument pour établir la condition du demandeur défaillant (2).

Quelle solution admettrons-nous alors au cas où le demandeur sera défaillant ?

Dès une époque assez reculée, il a dû intervenir, entre les parties qui contractaient un *vadimonium*, une convention qui se formait probablement devant le magistrat, en vertu de laquelle le demandeur, s'il faisait défaut à l'époque indiquée, était déchu de son procès.

Cette théorie fut depuis longtemps proposée par Heffter (3), mais l'auteur lui donna, croyons-nous,

(1) V. D., 3, 3, 78 pr. ; cf. Karlowa, *loc. cit.*

(2) M. Voigt, *Ueber das Vadim.*, p. 316, au sujet de l'interprétation du texte d'Horace, admet un système différent, d'après lequel le fâcheux serait appelé à cause d'une *actio vadimonii deserti* dont il serait passible, s'étant constitué comme *vas* au profit d'un tiers. Cela semble impossible, parce que ce n'est pas d'abord le sens le plus usuel du mot *vadari*, et que cette interprétation ne s'accorde guère avec la phrase suivante d'Horace : *quod ni fecisset, perdere literas*. On comprend bien que le fâcheux, comme défendeur, perde son procès s'il ne comparait pas, mais le répondant, le *vas*, qu'importe qu'il soit là à l'heure dite ? Ce n'est pas de sa présence ou de son absence que dépend l'issue du procès.

(3) V. *Institutionen des Civilprocesses*, p. 276.

trop d'importance sous le rapport de la durée : cette convention réciproque des parties aurait existé à toute époque et aurait constitué comme une sorte d'assurance mutuelle.

Il est plus prudent de limiter cette conjecture à l'époque antérieure à l'introduction de la procédure formulaire, à l'époque où le prêteur n'avait pas encore le droit, avec des actions prétoriennes, de venir au secours des parties qui se trouvaient sans défense. Pour cette époque, on peut conjecturer avec M. Karlowa que les parties, pour parer elles-mêmes aux éventualités, faisaient une convention réciproque réglant la situation au cas de défaillance de l'un ou de l'autre. Ne peut-on pas trouver comme un vestige de cette convention dans les mots : *casu tunc respondere vadato debebat, quod ni fecisset perdere litem*, et même aussi dans les termes de Suétone, *Caligula*, 39, cités plus haut ?

**Le défendeur ne se présente pas.**

C'est dans ce cas qu'il s'agit vraiment de *vadimonium desertum*. En même temps que le défendeur manquait à son engagement résultant du *vadimonium*, il commettait aussi, tout au moins, une négligence en ne permettant pas l'introduction ni le développement du procès principal devant le magistrat. Il ne tenait pas compte de l'obligation qu'il avait librement contractée dans le but spécial d'assurer sa comparution et en même temps il arrêta l'action du demandeur : c'était, en somme,

deux fautes. Comment furent-elles réprimées, en droit romain ?

Il conviendrait de donner une solution exacte pour l'époque antérieure à l'introduction et à la généralisation de la procédure formulaire : il importerait de savoir dans quelle mesure les conséquences rigoureuses de l'*in jus vocatio* primitive retrouvaient ici une légitime application. Il faut se garder, avant tout, de transporter à l'ancien *vadimonium* les idées que l'on s'est faites et les conceptions que l'on a imaginées du *vadimonium* tel que le représente l'Edit du prêteur (1).

SECTION I. — Époque antérieure à l'introduction de la  
procédure formulaire.

A l'époque des XII Tables, l'obligation du défendeur et des *vades* en vertu du *vadimonium* doit avoir été beaucoup plus stricte qu'elle ne l'était sous la procédure formulaire. Il ne pouvait être question d'un simple *dare oportere*, obligation qui n'a pu résulter que de la *sponsio* postérieure. A l'époque où nous nous plaçons, il ne peut s'agir encore de conditions débattues en des stipulations même solennelles, il y a certainement des phénomènes de violence.

Remarquons qu'une certaine analogie peut s'établir ici entre le *vas*, garant de comparution judiciaire et le *vindex*, autre garant de l'ancien droit. Les cautions de

(1) Voy. Karlowa, *Römische Civilprocess*, p. 324 ; cf. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, p. 382.

cette époque, qui interviennent en faveur d'autrui ne sont pas engagées subsidiairement, ni même conjointement, avec la personne qu'ils cautionnent, mais deviennent débiteurs uniques, seuls poursuivis judiciairement par le créancier, par le demandeur. Le très ancien droit n'a vu certainement aucun inconvénient à ce que les idées de ressentiment, et de vengeance qui présidaient aux actes de poursuite contre les débiteurs ou les défendeurs fussent étendus à ces cautions, à ces garants qui prenaient les fait et cause, et même la place de l'obligé principal. La situation est analogue à celle où l'*in jus vocatus*, essayant de gagner du temps par ruse ou cherchant à s'enfuir est entraîné *in jus* de vive force par l'appelant, *obtorto collo* : *Si calvitur pedemve struit, manum endo jacio* (Tab. 1, 2). Et en vertu de ce même droit des XII Tables, le demandeur pouvait conserver dans sa prison domestique jusqu'à la comparution prochaine le *vas* qui « représentait » pour lui le défendeur et contre la personne duquel il avait un droit de contrainte, pour toute la durée de la procédure, analogue à celui qu'il puisait dans l'*in jus vocatio* contre le défendeur originaire (1).

Ces mesures de violence n'ont pas tardé à faire place à des conventions entre les parties : notamment à la *sponsio* dans sa forme primitive, solennelle, qui substituait encore un autre défendeur au défendeur principal,

(1) Voy. Huschke, *Das Nexum*, p. 52, 196 ; *Das alte römische Jahr.*, p. 313 ; Karlowa, *op. cit.*, p. 324 ; cf. Cuq, *Les instit. jurid.*, p. 382.

mais qui permettait de régler pacifiquement les conséquences de la *desertio vadimonii*. Par la suite, l'usage de ces conventions fut réglementé et consolidé par les prêteurs qui les sanctionnèrent et les firent obligatoires ; mais à l'époque antérieure, c'était les parties elles-mêmes qui réglaient librement les différents points au moyen de stipulations réciproques.

Nous trouvons un appui à cette conjecture dans des passages d'auteurs littéraires, et tout d'abord dans cette obscure satire 1, 9, d'Horace, au passage que nous avons déjà rencontré, v. 36.

Le système, qui ne résout pas toutes les difficultés, il est vrai, mais qui se présente néanmoins comme le plus vraisemblable, et concilie le mieux les données connues, admet qu'à une époque relativement ancienne et jusqu'au temps d'Horace même, les parties avaient coutume, dans la formation du *vadimonium*, de convenir que le défendeur, toutes les fois qu'il commettrait une *desertio vadimonii*, serait considéré comme condamné, et que, réciproquement, le demandeur, s'il faisait défaut à l'époque convenue, serait déchu du droit résultant pour lui du procès.

Nous avons cité cette théorie de M. Karlowa à propos de la situation du demandeur défaillant ; elle revient ici, à cause de la contre-partie, au sujet du défendeur *désertens*. Les mêmes textes, invoqués plus haut, sont ici à leur place : le *casu tunc respondere vadato debebat*, et le texte de Suétone, *Calig.*, 39..... *quod occurrere absen-*

*tes ad vadimonium non possent, causa caderent*, signifiant que les plaideurs, sans distinction des demandeurs et des défendeurs, perdaient leurs procès (*litem perdebant*) par rupture du *vadimonium* (1).

Aussi bien, puisque nous en sommes ici au défendeur qui *deseruit vadimonium*, la situation de *judicatus*, de *condemnatus*, qui lui est faite par l'effet de la convention des parties, n'est pas si différente de la situation du *vas*, *vadatus*, de l'époque antérieure qui est, lui, un *vinctus*, un *obstrictus* (2), tenu sur sa personne et ses biens de la valeur intégrale du procès.

La nature de l'obligation dont le défendeur était tenu, la prestation à laquelle il est contraint au cas où il négligeait le *vadimonium* varie selon les stipulations intervenues entre les parties, selon les droits que s'est réservés le demandeur. Nous avons vu plus haut les différentes physionomies que pouvait prendre cet engagement :

(1) Au sujet de cette conjecture, nous pouvons dire que ce n'est pas l'argumentation en sens opposé de Wieding, qui arriverait à l'affaiblir ; cet auteur, en effet, dénie le caractère contractuel et bilatéral du *perdere litem* et l'interprète comme l'effet d'une menace émanant du prêteur, lequel aurait contraint le compagnon d'Horace à la constitution de *vades* par une *vocatio* péremptoire ou une *denuntiatio ex auctoritate*. L'appui que Wieding cherche à donner à cette opinion est faible et, en tout cas, il ne serait efficace que pour l'époque récente, puisqu'il emprunte ses éléments à la procédure contumaciale. Et, en tout cas, l'édit péremptoire menaçait le défendeur, non pas de la perte du procès, mais, d'après le fr. 64, Ulp., *Dig.*, 5, 1, seulement d'une *cognitio* et d'une décision unilatérale : *etiam absente diversa parte cogniturum se et pronuntiaturum... interdum vel absens, si bonam causam habuit, vincet*.

(2) Voy. Plaute, *Bacch.*, 2, 2, v. 2 et ss., *Epid.*, 5, 2, v. 17 et ss. ; Karlowa, *op. cit.*

l'action s'exerçait aux dépens du *deserens*, conformément aux modalités et aux prescriptions convenues.

Mais nous voulons noter les vestiges tout particuliers du droit d'user de violence, que le demandeur avait la faculté d'exercer sur le *deserens*, et qui a pour point de départ précisément les dispositions archaïques de l'époque des XII Tables.

D'abord, le droit donné au demandeur, quand le magistrat put constituer des récupérateurs pour hâter la condamnation à la *summa vadimonii*, d'amener son adversaire lui-même devant les récupérateurs (1), au cas où celui-ci *vadimonium deserebat*. Cette manière d'agir exceptionnelle devait, selon toute vraisemblance, remplacer l'ancienne *legis actio per manus injectionem* dans les cas où elle avait encore paru nécessaire (2). Vestige encore que les procédés de violence dépeints par Horace dans sa satire 1, 9. Le bavard dont il est question, à cause de son absence en justice, pouvait être traité comme un condamné. On s'explique ainsi qu'il doive obéir à l'injonction de son adversaire, bien que celui-ci n'ait pas commencé par le sommer, et qu'il soit aussitôt traîné en justice, après une prise à témoin préalable. Quoique la *legis actio per manus injectionem* fût abolie, cependant il subsistait toujours, contre le *judicatus*, le droit de *ductio* et de même que pour donner ouverture à l'ancienne *legis actio per manus injectionem*, il n'était pas besoin d'une

(1) Cf. Wlassak, *Röm. Processgesetze*, 2, 316.

(2) Cf. Karlowa, *Röm. Civilprocess*, p. 326.

*in jus vocatio*, de même, dans la plus récente procédure de voies d'exécution, elle n'était pas non plus nécessaire. Mais on observait encore la formalité de l'*antestari* pour distinguer ce procédé des actes de violence illégaux.

Si de pareils vestiges se rencontrent à la fin de la République et dans les premiers temps de l'Empire, rien d'étonnant, dès lors, à ce que, dans les périodes précédentes, l'obligation résultant du *vadimonium* fut en général plus stricte (1).

#### SECTION II. — Époque postérieure à l'introduction de la procédure formulaire.

Quand le préteur eut transformé le *vadimonium* en une stipulation prétorienne, les conséquences de la *desertio vadimonii* furent réglées sur le modèle des sanctions diverses introduites par l'Edit prétorien.

Relativement au *vadimonium*, deux droits principaux sont accordés au créancier, résultant l'un de la stipulation même du *vadimonium*, et l'autre, d'une mesure générale de protection prise par le préteur dans l'intérêt des créanciers : l'*actio ex stipulatu*, la *missio in bona*.

(1) Karlowa, *op. cit.*, p. 328. M. Karlowa trouve encore un exemple original de l'obligation stricte résultant du *vadimonium* dans un passage des *Métamorphoses* d'Apulée, 3, 12 : « Hospes meus Milo per hodierni diei præsentissimum numen adjurans effecit, ut ejus hodiernæ cœnæ pignerarer, nec ipse discedit, nec me digredi patitur. Prohinc epulare vadimonium differamus. Hæc adhuc me loquente, manu firmiter injecta Milo, jussis balnearibus adsequi, producit ad lavacrum proximum. »

*Actio ex stipulatu.*— Cette action que l'on peut appeler aussi *actio ex vadimonio* (1) résulte de la stipulation par laquelle quelqu'un s'engage à *certo die sisti*. Si le défendeur ne remplit pas cette promesse, il doit être condamné à payer au demandeur tout l'intérêt que celui-ci avait à sa comparution, dans des formes et suivant des conditions variant avec le genre de *vadimonium*.

Et, notamment, cet intérêt était assez délicat à apprécier, quand il s'agissait d'un *vadimonium* extrajudiciaire, conclu par les parties sans le secours du magistrat, et qu'aucune *pœna* n'avait été stipulée pour le cas où le défendeur ne se présenterait pas. Une *summa vadimonii* n'aurait pu être, en effet, que très difficilement stipulée, et la ressource qu'avait alors le demandeur est spécifiée dans un texte du Digeste, l. 3, *Si quis in jus voc.*, 2, 5 : *Cum quis in iudicio sisti (vadimonium) promiserit neque adjecerit pœnam, si status non esset : incerti cum eo agendum...., in id quod interest....* C'est une *actio incerta* qui est donnée en ce sens, et on la retrouve aussi dans les lois 27, 7, *Dig.*, 4, 8, et 4, *pr.*, *Dig.*, 22, 1. Mais ce cas devait être assez rare, car, le plus souvent, une *pœna* était prévue et, dans le *vadimonium* judiciaire, il ne se présentait pas. Le montant de l'intérêt du demandeur avait été prévu et réglé d'avance, d'une façon ou d'une autre.

(1) Cette action a été l'objet de judicieuses recherches de la part de M. Naber, *Mnemosyne*, *Nov. Ser.*, 17, 1889 : ce qui suit est inspiré de ses développements et ses conclusions sont adoptées.

Il est un point sur lequel il convient d'insister, c'est le caractère accessoire de l'action qui résulte du *vadimonium*. Elle sanctionne l'intérêt qu'un demandeur a à la comparution de son adversaire en justice ; elle dépend donc de cette comparution et de la cause juridique pour laquelle cette comparution aura lieu.

Si cette cause juridique, que l'on prévoyait pour une époque ultérieure, ne se produit pas, le demandeur n'a pas eu intérêt à la comparution du défendeur en justice.

Si, après avoir pris naissance, elle vient à disparaître avant que le demandeur n'ait eu à exercer ses droits, celui-ci n'a plus intérêt à ce que son adversaire compareaisse : dans les deux cas, donc, l'action qui garantit cette comparution, l'action accessoire du *vadimonium*, ne peut survivre à la cause pour laquelle elle intervenait, à l'action principale qui motivait la comparution.

C'est, croyons-nous, le principe qui doit guider dans l'interprétation de quelques textes du Digeste qui se rapportaient originairement au *vadimonium* et qui traitaient de l'*actio vadimonii* ; ils ont été remaniés par les compilateurs et classés même sous des rubriques étrangères à leur premier objet : ce sont les lois 2 *pr* et 5, 1.2, et 10, 2, au titre *Si quis (cautionibus in iudicio sistendi causâ factis) (vadimoniis) non obtemperabit*, *Dig.*, 2, 11 et la loi 5, *De exceptione rei iudicatæ*, *Dig.*, 44, 2.

Un système, défendu par M. Kipp (1), interprète la loi 5, 1.2, *Dig.*, 2, 11, comme disant que le demandeur

(1) Voy. Kipp, *Die Litisdenuntiation*, p. 116.

ne peut pas, s'il réclame sa chose par l'action principale, réclamer en outre la *summa vadimonii deserti*, qu'il doit se contenter de l'une ou de l'autre.

Mais, en réalité, à y regarder de près, il en est autrement. En effet, le demandeur est déchu de son droit de réclamer la *summa vadimonii*, non pas lorsqu'il a intenté l'action principale, mais, au contraire, quand il ne l'a pas intentée et c'est ce que dit Paul, l. 10, 2, *Dig.*, 2, 11 : *tales stipulationes propter rem ipsam dari*. Ces expressions signifient que l'*actio ex vadimonio* est l'accessoire de celle par laquelle la chose elle-même est réclamée, et non pas qu'on puisse intenter une action distincte en vertu du *vadimonium*.

La mort du demandeur ou du défendeur, survenant avant que le procès n'eût été lié (*lite contestata*), l'action d'injures est éteinte et elle n'est donnée ni à l'héritier ni contre lui. En effet, les actions pénales, parmi lesquelles on doit ranger l'action d'injures, ne sont jamais données contre l'héritier, quand le testateur est mort avant la *litis contestatio*; en outre, l'action d'injures offre ceci de particulier, qu'elle n'est pas donnée à l'héritier de celui qui a souffert de l'injure, si celui-ci a succombé avant que le *judicium* n'ait été *acceptum*.

Il apparaît donc que les mots *ante litem contestatam* doivent changer de place et être mis à la suite de *mortuus est* : *qui injuriarum acturus erat, ut adversarius suus judicio sistat commissa stipulatione mortuus est ante litem contestatam*, etc., au lieu de : *qui injuriarum*

*actus est, stipulatus erat ante litem contestatam, ut adversarius suus iudicio sistat, commissa stipulatione mortuus est, etc.* (L. 10, 2, Paul, *D.*, 2, 11) (1).

Il devient par là assez évident que, dans cette hypothèse, l'action d'injures ne compète pas à l'héritier. Les expressions *vadimonium*, *vadari*, *vades*, qui figuraient certainement dans le texte original, ont été supprimés par les compilateurs et changés, le *vadimonium* en *cautio iudicio sistendi*, les *vades* en *fidejussores*. Le texte de Paul doit subir un certain nombre de retouches : Voici le texte que M. Naber propose de restituer :

| Texte actuel du Digeste :                                                                                                                                                                             | Version de M. Naber.                                                                                                                                              |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Qui injuriarum acturus est stipulatus erat ut adversarius suus iudicio sistat Commissa stipulatione ante litem contestatam mortuus est. Non competere heredi ex stipulatione actionem placuit.</i> | <i>Injuriarum acturus vadatus erat adversarium. Commissa stipulatione mortuus est ante litem contestatam. Non competere heredi ex vadimonio actionem placuit.</i> |

Mais on a décidé que l'action ne compéterait pas à l'héritier, « quia tales stipulationes propter rem ipsam

(1) Ce changement de place est fort plausible, malgré qu'Hartmann, *Contumacialverfahren*, p. 250, n. 39, le déclare arbitraire ; cette conjecture est moins arbitraire que celle de l'interpolation. Hartmann repousse à la fois l'interpolation et le changement de place. — Diverg., Schulting, dans *Not. ad. Pand. ad.h.t.* ; Voorda, *De vadimonio*, 4, 5,

darentur injuriarum autem actio heredi non competit ».

— « Quamvis enim hæc stipulatio iudicio sistendi causa facta ad heredem transeat, tamen in hac causa danda non est. »

Sous la stipulation précitée, il faut entendre le *vadimonium*. Mais Paul ne veut certainement pas parler du *vadimonium* même : cela ressort des mots *danda non est*, et aussi de l'ensemble du texte. Ce qui ne sera pas donné, c'est l'*actio ex vadimonio*, il ne pouvait être question du *vadimonium* lui-même, car celui-ci avait été antérieurement promis au testateur, et il n'était pas nécessaire qu'il fut promis une seconde fois à l'héritier.

La question qui se pose est de savoir si l'héritier aura une action tirée du *vadimonium* que le défunt avait conclu avec son adversaire. Il faut encore corriger le texte :

Version du Digeste.

*Quamvis enim hæc stipulatio iudicio sistendi causa facta ad heredem transeat, tamen in hac causa danda non est; nam et defunctus si vellet omissa injuriarum actione ex stipulatu<sup>1</sup> agere non permetteretur. Idem dicendum, et si cum quo injuriarum*

Version de M. Naber.

*Quamvis enim actio ex vadimonio ad heredem transeat, tamen in hac causa danda non est; nam et defunctus si vellet omissa injuriarum actione ex vadimonio agere, non permetteretur. Idem dicendum est, si is cum quo injuriarum agere vole-*

*agere volebam stipulatione tali commissa decesserit : nam non competit mihi adversus heredem ejus ex stipulatu actio, et hoc Julianus scribit : secundum quod et si fidejussores dati erant minime dabitur in eos actio mortuo reo. Idem Pomponius, si non post longum tempus decesserit, quia si ad judicium venisset, litem cum eo contestari actor potuisset.*

*bam, stipulatione tali commissa decesserit : nam non competit mihi adversus heredem ejus ex vadimonio actio, et hoc Julianus scribit.*

*Secundum quod et si vades dati erant, minime dabitur in eos actio mortuo reo. Idem Pomponius si non post longum tempus decesserit, quia si ad judicium (vadimonium ?) venisset, litem cum eo actor contestari potuisset.*

Le principe est donc qu'il n'est pas possible d'intenter l'action *ex vadimonio*, une fois que l'on ne dispose plus de l'action d'injures ; on doit les exercer toutes les deux, ou n'en exercer aucune.

Dans l'hypothèse prévue par le texte (1) ci-dessus, l'*actio ex vadimonio* ayant pris naissance, si l'affaire ne vient pas à être tranchée, le demandeur est censé s'être

(1) Le *Livre de Jostice et de Plet*, 2, 12, 13, a reproduit assez inexactement le texte du Digeste, pour formuler une règle relative au cautionnement : « Aucun que voloit pleidier d'injure avait un plège, que sis adversaires vendroit à jor, et quant la promesse fut accordée li plège mori. L'en demende se si eir i sont tenus ? Et l'en dit que non : et disons quant aucun voit plédier de plévine à l'oïr à cel qu'il plévi, il n'a pas action de plédier à celi. » Cf. Esmein, *Contrats dans le très ancien Droit*, p. 132.

désisté. On pourrait cependant se demander si l'action née du *vadimonium* ne devrait pas être laissée à l'héritier, quoiqu'on lui refuse l'action, à la sûreté de laquelle était affecté le *vadimonium*. En effet, il est difficile de prétendre que l'héritier renonce à l'action d'injures, quand il ne lui est pas permis de l'intenter. Il faut répondre cependant que l'*actio ex vadimonio* doit lui être refusée, parce qu'elle était l'accessoire de l'autre action qui s'est éteinte par la mort.

Même raison de douter, quand ce n'est pas le demandeur, mais le défendeur qui a précédé. L'action *ex vadimonio* sera-t-elle donnée contre l'héritier, quoique celui-ci puisse, à bon droit, repousser l'action d'injures ? On ne peut pas dire non plus, ici, que le demandeur a renoncé spontanément à son action ; cependant la solution sera la même que dans le cas précédent.

La même question se pose au sujet d'un fragment de Papinien, l. 15, *Dig.*, 2. 11, à savoir si celui qui a perdu dans une action principale, peut réclamer la *pœna vadimonii*, quand il apparaît évident qu'il n'a pu renoncer à l'action ? L'action lui sera refusée, l'accessoire ne pouvant survivre au principal :

*Si tutor iudicio sisti (l. vadimonium) promiserit et stipulationem non obtemperaverit, et interea pupillus adoleverit, aut mortem obierit aut etiam abstentus sit hereditate, denegabitur ex stipulatu (l. ex vadimonio) actio. Nam et ipsius rei quæ petebatur, si tutor iudicatus fuerit, et*

*eorum quid acciderit, non esse dandam in eam actionem iudicati probatum est.*

On tient pour absous celui contre qui le prêteur refuse de délivrer l'action *iudicati*, après la condamnation intervenue. Le tuteur dont parle Papinien, bien qu'il ait été condamné, sera tenu pour absous ; c'est en vain que le demandeur réclamera la *pœna vadimonii*, s'il n'a pas obtenu la chose principale, dont la poursuite avait motivé la constitution du *vadimonium*.

Le *vadimonium* n'est plus exigible, dès que le motif de la comparution a pris fin, par exemple, quand il est intervenu une transaction entre les parties avant le jour fixé pour le *vadimonium*. Ulpien en témoigne, l. 2, *pr.*, *D.*, 2, 11 : *non exigimus reum (iudicio) sisti, si negotium propter quod iudicio sisti (l. vadimonium) promiserit, fuerit transactum : sed hoc ita, si prius id negotium transactum sit, quam sisti oporteret.* Dans ce cas, par conséquent, l'*actio ex vadimonio* ne naîtra pas, parce que la cause du *vadimonium* a cessé avant que le *vadimonium* n'eût à se réaliser (1).

Le caractère accessoire de l'*actio ex vadimonio* se manifeste encore, mais d'une autre manière, sous la forme de l'exception de dol, quand le *vadimonium* ayant été, cette fois, *desertum* et l'action étant née, le demandeur

(1) Ulpien, 74, *Ad Ed.*, fr. 2, *De transact.*, *Dig.*, 2, 15 ; cf. Gaius, fr. 22, 1, *Dig.*, 2, 4 ; Gaius, 4, 119 : *Si inter A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> et N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> non convenit, ne ea pecunia (intra quinquennium : Gaius, 4, 122) peteretur ;* fr. 19, *Dig.*, 22, 3.

et le défendeur ont transigé sur l'objet principal. Le demandeur a-t-il le droit de réclamer la *pœna vadimonii* ?

Il est difficile de soutenir qu'un créancier a renoncé à son droit tout entier, quand, sur une transaction, il n'a obtenu qu'une partie de ce à quoi il avait droit. Ulpien décide que c'est le droit absolu du demandeur de réclamer la *pœna vadimonii*, mais que le défendeur lui opposera l'exception de dol (1).

Est-ce parce que le demandeur réclame à la fois la *pœna desertionis* et la chose elle-même au défendeur, qu'il sera repoussé par une exception, dans la loi 5, 1, *D.*, 2, 11 (2), comme le prétend Kipp (3) ?

(1) L. 2, pr., *Dig.*, 2, 41.... *Ceterum si postea transactum est, exceptio doli opponi debet; quis enim de pœna promissa laborat post negotium transactum? Cum etiam transacti negotii exceptionem putaverit quis nocere, quasi etiam de pœna transactum sit, nisi contrarium specialiter partibus placuerit.* Ulp., 74, *Ad Ed.* (*Si quis vadimoniis non obtemperaverit*). Cf. Lenel, *Paling.*, 2, n. 1651 et H. Krüger, *Beiträge z. L. Except. doli*, p. 217 ; Lenel, *Edict.*, p. 400.

(2) Dans ce texte, M. Naber propose de remplacer *unus ad iudicium non venerit* par *unus ad vadimonium non venerit*. Mais, ainsi que l'a remarqué M. Wlassak et comme nous l'avons constaté plus haut, ici, le mot *iudicium* est pris au sens large de débat judiciaire et la suite du texte (*contempta....*) montre que le mot *vadimonium* ne devait pas être originairement à la place de *iudicium*.

(3) M. Naber, *op. cit.*, cite un exemple analogue fourni par la loi 5, 2: *Æque si a patre facta fuerit promissio iudicio sistendi gratia (l. patri factum fuerit vadimonium) ex filii contractu, deinde de re egerit actor cum filio exceptione submovebitur, si cum patre ex ejus promissione (l. ex vadimonio) agat. Et contra idem erit, si filius (vadimonium) promiserit, et actor egerit eum a patre de peculio.* Le *vadimonium* promis par le père n'engage que le père seul, *nec a filio nisi ipsum filium iudicio convenerit actor*. Quand un des défendeurs est

Il semble que la construction de cette hypothèse soit impossible d'après les données du texte : car le demandeur réclame, dans l'espèce, la *pœna desertionis* à une personne qui est absoute de l'action principale ; en effet, en choisissant l'un des deux défendeurs, il libère l'autre. Par conséquent, ce serait contraire à la règle que l'accessoire suit le principal, si le demandeur pouvait réclamer la *pœna vadimonii* à celui qui est libéré de l'action principale : c'est là, croyons-nous, l'interprétation la plus exacte du texte.

Allégé des interpolations qu'il a subies de la part des compilateurs et extrait du titre *De exceptione rei judicatæ* auquel il ne se rapportait pas primitivement, restitué au *vadimonium*, son premier objet, le fragment 5, *Dig.*, 44, 2 (1), vient à l'appui de nos développements.

Ce texte, approprié dans sa forme actuelle à l'*exceptio rei judicatæ*, contribue, par les hypothèses qu'il contient, à définir l'unité de *res*, qui fera le demandeur inapte à reprendre une action judiciaire au sujet de la même chose ; il semble donc bien convenir à la théorie de l'*exceptio rei judicatæ*. Mais depuis qu'on a découvert

cité, l'autre est libéré ; peut-on dire ici que le demandeur renonce à sa chose vis-à-vis de l'un de ses adversaires ? Il ne fait, plutôt, que d'en laisser partir un ; aussi bien, dans les deux ordres d'idées, il reste toujours vrai que là, où n'est plus intacte et valide une action judiciaire, l'*actio ex vadimonio* accessoire ne fonctionne plus.

(1) Voy. Lenel, *Palingenesia juris civilis*, 2 ; Ulpien, n° 1628 ; Naber, *op. cit.* ; Girard, *Manuel*, p. 593, n. 4.

sa véritable place, qui est la théorie du *vadimonium*, il a fallu relier les fils et expliquer à quel point spécial de la question ce passage se rattachait. Deux opinions se sont produites à ce sujet.

La première, émise sommairement par M. Kipp, partant de cette idée que son rapport actuel est une *exceptio*, le rattache aussi à une *exceptio*, mais à la série des exceptions que l'Edit du préteur avait introduites ou perfectionnées contre l'action du *vadimonium*.

Dans le cas prévu par notre texte, il s'agirait de l'exception donnée contre l'action *ex vadimonio* intentée par le demandeur qui a déjà obtenu la chose principale, et la discussion portant sur la *res* et l'*actio* aurait tendu à démontrer qu'une seule et même chose ne peut être réclamée deux fois par deux actions, quoique différentes. Seulement, une objection s'élève : si le texte est relatif à une exception depuis son insertion au Digeste, rien ne dit qu'il y ait été relatif dans sa destination antérieure. Aussi bien, le mot *exceptio* n'y est point prononcé et, même sans l'introduire, y voir une allusion est quelque peu téméraire.

Il est plus prudent, comme le fait M. Naber dans une deuxième opinion, de donner à ce fragment une signification large, sans tendance, inspirée du principe général de l'*actio ex vadimonio*. Il nous semble bien que la question soit, dans ce texte, de savoir si la *pœna desertionis* peut être réclamée, quand, une fois la promesse du *vadimonium* conclue, la cause de l'action a changé,

ce qui revient à se demander si l'on est censé renoncer à sa chose en intentant une nouvelle action, tendant cependant à la prestation de la même chose. Ulpien estime que, dans ce cas, on ne peut pas dire que l'action soit perdue.

Examinons les termes du fragment : *De (eadem) reagere videtur, et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat sed etiam si alia experiatur, de eadem tamen re : ut puta si quis mandati acturus, cum ei adversarius (vadi-monium) promississet, propter eandem rem agat negotiorum gestorum vel condicat (de eadem re agit).*

Le mot *eadem* est à mettre entre parenthèses pour éviter de faire dire à Ulpien cette naïveté que, pour réclamer la même chose, il faut tenter une action pour cette même chose : pour cette raison, ensuite, qu'il s'agit de savoir si c'est renoncer à sa chose ou pas que de modifier seulement son action. L'avis d'Ulpien est qu'on n'y renonce pas : pour dire cela, il a dû écrire : *de re agere*, ce qui revient au même que de ne pas renoncer à la chose. En second lieu, les derniers mots (*de eadem re agit*) sont tout à fait superflus et ont dû être ajoutés (1).

(1) La fin du texte : *est recteque ita definitur eum demum de (ea) re non agere, qui prorsus rem ipsam non persequitur : ceterum quum qui actionem mutat (et experitur) dummodo de eadem re experiatur, etsi diverso genere actionis (quam instituit) videtur de (ea) re agere.* — Certaines éditions insèrent, au lieu de : *eum demum de ea re, eum demum de eadem re* ; mais le meilleur manuscrit, la Florentine porte *de re*. Ulpien avait à définir ce que c'était que renoncer à la chose, ou, ce qui revient au même, ne pas agir au sujet de

Dans les développements qui précèdent, l'idée dominante était que, l'action *vadimonii deserti* se présentant comme une action accessoire, elle suivait les vicissitudes de l'action principale, son appui et sa raison d'être.

— Mais, à côté de ces causes de disparition indirectes, par contre-coup de la perte de l'action principale, il faut en relever d'autres qui mettaient en échec l'exercice de l'*actio vadimonii deserti*, indépendamment de toute autre cause et sans que l'action résultant du procès principal fut, en rien, atteinte.

En effet, toute une série d'exceptions ont été reconnues par le préteur et insérées par lui dans l'Edit, qui permettent, pour une raison d'équité, au défendeur de repousser l'*actio vadimonii*. Les dispositions des textes qui nous servent à ce sujet de témoignage semblent indiquer que toutes n'étaient pas contenues dans l'Edit et que quelques-unes, manifestant à un plus haut degré le caractère de force majeure, s'étaient imposées à la pratique.

*Exceptions dérivant de l'Edit du préteur.* — M. Lenel, dans sa reconstitution de l'Edit, a rangé sous le titre 44 et le § 269, *Si quis vadimoniis non obtemperaverit*, les différents textes qui y ont été consacrés par les jurisconsultes : textes appartenant au livre 74 du commentaire d'Ulpien (1), au livre 69 du commentaire de la chose. Dans le sens de *ea re*, v. Mommsen, *Digeste*, et Lenel, *Palin-genesia*, 2, Ulpien, n° 1658.

(1) Ulp., 74, *Ad Ed.*, fr. 2, 4, *Si quis caution.*, *Dig.*, 2, 11 ; fr. 2, *De*

Paul (1), au livre 29 du commentaire de Gaius (2).

Examinons d'abord l'exception qui peut être opposée par le défendeur au cas où le *vadimonium* qu'il a consenti dépassait le taux permis (*vadimonium promissum pluris quam statutum* (3)).

La loi 4, 5 (4), *Dig.*, 2, 11, s'exprime en ces termes : *Nam et Julianus scribit, si iudicio sistendi causa (vadimonium) pluris quam statutum est, per ignorantiam promissum fuerit, exceptionem dari debere; si autem ex conventionem tantæ summæ promissio facta sit, exceptionem pacti conventi replicatione infirmendam. Julianus ait.* — Pour les sommes d'argent que les *vadimonia* garantissaient, ne dépassant pas le maximum fixé par l'Edit du prêteur, le demandeur agissait conformément à son droit. Si le *vadimonium* avait été constitué pour une somme plus élevée que le chiffre réglementaire, le demandeur pouvait naturellement agir pour tout ce qui

*transact.*, 2, 15; fr. 16, *De tutel. et ration.*, 27, 3; fr. 15, *De legation.*, 50, 7; fr. 5, *De excep. rei jud.*, 44, 2.

(1) Paul, 69, *Ad Ed.*, fr. 3, 5, 7, *Si quis caut.*, *Dig.*, 2, 11; fr. 214, *De R. J.*, 50, 17.

(2) Gaius, 29, *Ad Ed.*, fr. 8, *Si quis caut.*, *Dig.*, 2, 11.

(3) Rudorff, *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, 4, p. 65, cite le cas où une *satisfactio* a été fournie illégalement, quand il ne devait y avoir lieu qu'à une *repromissio*. *Idem* dans Lenel, *Edict. perp.*, p. 68, qui se pose aussi la question inverse; la partie qui attaque, au cas où elle a demandé par erreur un *vadimonium* inférieur ou sans cautions, a-t-elle un recours? Lenel répond qu'ici le prêteur n'accorde aucun moyen: il n'y en a pas, en effet, trace dans les textes; Cujas, *In Paul. ad eod. (opp.)*, 5, c. 98).

(4) Ulp., 74, *Ad Ed.*; Lenel, *Paling.*; Julien, n. 680 et Ulpian, n. 1657.

ne dépassait pas le maximum établi, parce que *in eo, quod plus sit, semper inest et minus* (1).

Si les parties ont intentionnellement (*ex conventione*) dépassé ce maximum, la stipulation est nulle pour ce qui dépasse le maximum (2). Néanmoins le demandeur pourra, d'après Julien, agir efficacement pour la somme totale qui lui a été promise. En effet, si l'on peut opposer à l'*actio ex stipulatu* l'exception donnée par l'Edit, cette action sera ressuscitée et fortifiée par la *replicatio pacti conventi*.

La partie essentielle de la stipulation est la somme prévue par les prescriptions de l'Edit ; le surplus est donc à considérer comme un contrat accessoire qui n'est pas valable *jure civili*. C'est à cause de ce contrat accessoire que Julien donne la *replicatio pacti*. La *replicatio doli* n'apparaît pas encore ici dans Julien. Par là semble se confirmer cette idée que, dans les cas de ce genre, Julien tenait l'*exceptio pacti* pour meilleure ou tout au moins aussi bonne.

Julien aura considéré l'*exceptio pacti* comme la seule admissible dans les cas où une convention, nulle d'après le droit civil, restait valable comme simple *pactum*.

Dans la loi 2, 4, *Dig.*, 44, 4, Ulpien s'est demandé

(1) Paul, 6, *Ad Ed.*, fr. 110, *pr.*, *De R.J.*, *Dig.*, 50, 17 ; cf. Jacob. Gothofr., *Ad h. l. (opp. min.*, Lugd., 1733, c. 1023) ; Rudorff, *l. c.* ; Lenel, *Ed. perp.*, p. 65.

(2) Ulpien, 7, *Disput.*, l. 52, *pr.*, *Dig.*, 45, 1.

si un pacte direct, intervenant à la suite d'une stipulation et accordant un délai (*si pactum sit, ne interim pecunia usque ad certum diem petatur*), pouvait donner lieu à une *exceptio doli*. Il semble autoriser l'*exceptio doli* en ce cas, faisant ressortir le *dolus* évident qui serait produit, et maintient, en même temps, l'*exceptio pacti conventi* (1).

Trois autres exceptions, résultat de force majeure, d'une nature différente, il est vrai, mais admissibles au même titre, sont contenues dans un texte du titre *De probationibus* au *Dig.*, 22, 3, 19, 1. Lenel les énonce ainsi dans sa reconstitution du paragraphe de l'Edit : *Extra quam si ideo non stetit, quod rei publicæ causa afuit*.

Comme le droit commun l'exigeait et comme le texte que nous citons le répète lui-même, c'est au défendeur qu'incombera la charge de prouver qu'il a été dans l'impossibilité d'exécuter le *vadimonium* par suite d'un service public auquel il était appelé. Cette preuve est inadmissible, interdite quand il s'agit d'un *vadimonium* concernant un esclave ou toute autre personne en puissance. La cause qui motiverait cette exception ne pourrait, en effet, se produire, les esclaves n'étant pas à même de défendre un intérêt public (2).

(1) Cf. Hugo Krüger, *Beiträge zur Lehre der Exceptio doli*, p. 174.

(2) Paul, 69, *Ad Ed.*, l. 7, *Si quis caut.*, *Dig.*, 2, 41: « Si quis servum in iudicio sisti promiserit..... iisdem exceptionibus utitur, quibus si pro libero..... fidejussit, præterquam si rei publicæ causa abesse

Mais toute personne capable de remplir une fonction ou d'être appelée inopinément à un service public (1) est reçue à exciper de ce motif; c'est un événement fortuit qu'il serait injuste (2) de ne pas prendre en considération.

En revanche, il importe qu'il n'y ait pas de doute sur la nature de l'empêchement, et le défendeur, dans la preuve qu'il devra administrer, aura à spécifier que c'est bien dans l'intérêt général exclusivement et non pour remplir un office où son intérêt personnel trouverait un profit quelconque (3).

Egalement impérieux, les empêchements à comparaître résultant de la maladie, ou des obstacles créés par la nature : « *Extra quam si valetudine, vel tempestate, vel vi fluminis prohibitus vadimonium sistere non potuit* » (4). Les textes citent, comme cas de maladie, l'état de grossesse (*si mulier gravida erat*) et la folie subite (*si quis furere cœperit*).

Ils s'expliquent aussi sur les diverses formes de débordement des fleuves qui peuvent s'opposer à l'exécution du *vadimonium*.....; en somme, dans ces différents cas, *deserentem vis major excusat* (5).

diceretur servus; nam servus rei publicæ causa abesse non potest. »

(1) ... De l'Etat ou des Cités : Ulp., 74, *Ad Ed.*, fr. 2, 4, *h. t.*; *Si municipalis muneris causa afuit*.

(2) Gaius, 1, *Ad leg. XII Tab.*, l. 6, *Dig.*, 2, 11.

(3) Ulpien, 74, *Ad Edict.*, fr. 15 (14), *De legationibus*, *Dig.*, 50, 7.

(4) Ulp., *id.*, fr. 2, 4.5, *D.*, 2, 11; fr. 2.6.8, *h. t.*; fr. 2.7, *h. t.*

(5) Sènèque, *De Benef.*, 4, 39 *in fine*.

La loi 19, 1, *De probation.*, cite encore une exception accordée au défendeur à l'occasion d'un fait indépendant de sa volonté, qui ne doit donc lui imposer aucun dommage, mais qui n'est pas, comme les précédents, un cas fortuit ou un cas de force majeure. Il s'agit de l'empêchement à comparaître qui émane du demandeur lui-même agissant par dol (1). Au fragm. 5, *Si quis caut.*, Paul rapporte également cette solution dans une hypothèse particulière où un débiteur avait deux créanciers, *rei stipulandi* ; l'un des créanciers, par son dol, met obstacle à la réalisation du *vadimonium* par le débiteur ; l'autre pourra se voir opposer l'exception, quoique innocent de tout dol, s'il est, par rapport à l'autre créancier, *socius* (2).

Ce n'est pas un échec à la loi des responsabilités individuelles, mais un effet de l'*actio pro socio* ; cette même action contient d'ailleurs, en soi, de quoi redresser cette injustice ; on peut encore dire que l'exception est opposée, indirectement il est vrai, à celui qui, par son dol, a empêché la réalisation du *vadimonium*.

Enfin, deux exceptions ont été également réglementées par l'Edit du préteur, elles nous sont connues par deux fragments du livre 74 du comment. d'Ulpien sur l'Edit, insérés au Digeste (3). M. Lenel (4) exprime l'une

(1) Ulp. fr. 19, 1, *h. t.*.... *vel dolo malo adversarii factum quominus sisteretur.*

(2) Paul, 69, *Ad Ed.*... « ne prosit ei dolus propter societatem ».

(3) Ulp., 74, *Ad Ed.*, fr. 2, 9, *h. t.* ; Ulp., 74, *Ad Ed.*, fr. 4, *pr.* et 1, *h. t.*

(4) Voy. *Edict. perp.*, l. c.

en ces termes : « *Extra quam si sine dolo malo ipsius a magistratu retentus vadimonium sistere non potuit* ». Elle suppose qu'un défendeur disposé à se rendre au *vadimonium* en a été empêché pour une raison ou pour une autre par le magistrat ; c'est une excuse légitime qu'il peut invoquer, mais comme toute excuse, elle doit être fondée et démontrée, fondée en ce sens qu'aucune supercherie, aucun dol ne doit avoir provoqué cet empêchement (*retentus sine dolo malo ipsius*), et démontrée, en ce sens qu'il faut prouver que c'est bien le magistrat qui s'est opposé, pour une juste cause, à la comparution (*sed si privatus eum detinuerit, nullo modo ei proderit exceptio*).

M. Lenel énonce l'autre : « *Extra quam si rei capitalis condemnatus vadimonium s. n. p.* ». Cette exception va de soi, qui décharge de l'obligation de comparaître à un *vadimonium* celui qui est condamné à mort ou à l'exil : Il y aurait lieu, même, de s'étonner du platonisme de cette faveur, s'il n'y avait cette conséquence que la loi 4 *pr.*, *Si quis caut.*, prend soin de signaler : à savoir que les fidéjusseurs qui garantissaient cet engagement profiteront de l'exception : *sed respondebitur fidejussoribus ejus esse necessariam*.

Ce sont là, apparemment, les exceptions que le préteur avait réglementées et insérées dans l'Edit ; mais ce ne sont peut-être pas les seules. Il conviendrait d'en ajouter d'autres, auxquelles certains textes font allu-

sion : toutefois, il serait impossible d'en donner une énumération complète ni surtout un tableau analytique.

Celles que nous trouvons présentent encore, à l'imitation des précédentes, ce caractère indécis, mais commun, d'être motivées par des faits indépendants de la volonté des personnes et qui rendent d'autant plus nécessaire l'intervention d'une mesure de faveur. La raison de leur admission forcée, en quelque sorte, est contenue dans les expressions que les textes emploient pour les désigner (*debet exceptio dari, debet exceptione adjuvari*).

Puisque le principe qui les fonde est le même que celui des autres, bornons-nous à les citer : exception au cas où le défendeur a été retenu par un deuil de famille (*funere domestico impeditus non stetit*) ; — exception au cas où il est tombé aux mains de l'ennemi (*si ideo non stetit quod in servitute hostium fuit*) (1).

(1) Ulp., 74, *Ad Ed.*, fr. 4, 2, 3, *h. t.* — A rapprocher ce passage d'Aulu-Gelle, énumérant les causes qui permettent de ne pas répondre au *jusjurandum de furtis militaribus* : « nisi harunce quae causa erit : funus familiare feriaeve denicales, quae non ejus rei causa in eum diem conlatae sint, quo is eo die minus ibi esset, morbus soticus auspiciumve, quod sine piaculo praeterire non liceat, sacrificiumve anniversarium, quod recte fieri non possit, nisi ipsius eo die ibi sit, vis hostisve, status conductusve dies cum hoste ». *N. A.*, 16, 4, 4. Au sujet du *morbus soticus* dont on trouve déjà mention dans la loi des XII Tables, tab. 2, 2, Festus s'exprime ainsi : « Soticum morbum in XII significari ait Aelius Stilo certum eum justa causa ; quem nonnulli putant esse qui noceat ; quod son-tes significat nocentes », et Aulu-Gelle, *N. A.*, 20, 1, 17 : « morbum

La reconnaissance d'une exception à l'action tirée du *vadimonium* justifie l'inexécution de l'engagement quand cette inexécution est motivée par une cause privée propre à tel ou tel citoyen pris en particulier.

Mais ce n'était pas là les seules causes d'empêchement au *vadimonium*. Il en existait de publiques, résultant de convenances politiques ou morales. Elles étaient toujours reconnues par une décision de l'autorité publique intervenant pour suspendre ou retarder l'exécution des *vadimonia*. On comprend dès lors que le fait pour un défendeur de manquer à comparaître en justice dans ces circonstances ne pouvait fonder une action au profit du demandeur. Cette cause d'empêchement d'ordre public se conçoit aisément, car les *vadimonia* étaient liés intimement, et quand, par suite de solennités (1), les tribunaux vquaient, leur exécution était forcément suspendue.

vehementiorem morbum sonticum appellant ». Cf. Bruns, *Fontes*, p. 19. — Jacques Godefroy, dans son comm. des XII Tables, avait déjà, sans autre lien guère que l'analogie, rattaché ces justes causes d'inexécution d'un engagement pris à la promesse faite par les *vades*, et avait ainsi reconstitué la *tabula* 2, 2 : « Vades, Subvades... extra quam, si morbus sonticus... votum.... absentia Reipublicæ ergo aut status dies cum hoste intercedat : nam si quid horum fiat unum judici arbitrove reove eo die diffensus esto ». Dans la *nota* qu'il a consacrée à la *tabula* 2, Jacques Godefroy analyse d'une façon scolastique les différents cas qu'il avait énumérés : le *votum*, l'*absentia reipublicæ causa*, le *morbus* ; v. Jacques Godefroy, *Opera juridica minora*, *Historia et Commendatio XII Tabularum*.

(1) Voy. *Corpus Inscript. latin.*, 10, 1, p.<sup>1</sup>391, n° 3903 ; Dessau, *Inscript. latin. select.*, 1, p. 213, n° 984.

C'était le préteur, à Rome, et le gouverneur (1), en province, qui pouvaient prendre ces mesures relatives à la juridiction et non pas le *judex*, comme pourrait le faire croire un passage de Pline (2) : « Boebius *judex vadimonium differri jubet* » ; *judex* figure là avec le sens de *jus dicens* ; car le *judex* n'avait, ainsi que nous l'avons vu plus haut, aucun *vadimonium* à ajourner. D'ailleurs, Juvénal (3) dit expressément : « Differt *vadimonia prætor* ».

*Conséquences contre les cautions.* — D'après les termes de la stipulation, l'*actio ex stipulatu* résultant du *vadimonium* était ouverte contre les cautions, comme contre le débiteur principal (4). Elle était, vis-à-vis d'elles, paralysée par les mêmes exceptions (5).

— Certains empêchements à l'exécution du *vadimonium* pouvaient survenir, qui n'étaient pas l'œuvre, seulement, du créancier vis-à-vis de son adversaire. Il arrivait aussi qu'ils fussent produits par des tiers qui n'avaient été mêlés, en rien, au rapport de droit principal ni au *vadimonium*.

La ressource n'existait pas, dans ce cas, d'accorder au défendeur une exception à titre de protection ; car l'individu coupable de dol, par exemple, n'avait pas de droit à faire valoir, par où on pût l'atteindre. Force fut

(1) Voy. Dessau, *loc. cit.*

(2) *Hist. Nat.*, 53, 182.

(3) 3, 213.

(4) Voy. Cicéron, *Ad Attic.*, 16, 5.

(5) L. 4, 5, *Dig.*, 2, 11.

donc bien, dans la pratique, de créer une action spéciale pour mettre le défendeur et même le demandeur à l'abri du dommage.

Le prêteur inséra, à cet effet, dans l'Edit une action *in factum* sous une rubrique que M. Lenel reconstitue ainsi d'après celle du Digeste, 2, 10 : *De eo per quem factum erit quominus quis vadimonium [Dig. : in iudicio] sistat*. Cette action appartenait au défendeur (1) ou au demandeur (2) quand l'un ou l'autre était lésé. L'Edit portait sans doute : « In eum qui dolo malo fecisse dicitur, quominus quis vadimonium sisteret, quanti ea res erit iudicium dabo. »

C'était donc une action *in factum* tendant à faire obtenir le montant de tout l'intérêt que le demandeur avait à la comparution du demandeur (*quanti actoris interfuit eum sisti = quanti ea res erit*) et non pas seulement *quanti vadimonium factum erit*.

C'est ce que dit un fragment de Julien, 2, *Digesta*, fr. 3, *pr.* et 4, *h. t.* Ce texte suppose que le demandeur a stipulé que le fidéjusseur paierait 50 au cas où son adversaire qui lui doit 100 ne comparaitrait pas ; pour combien pourra-t-il attaquer par l'action *in factum* le tiers par lequel *dolo factum fueritne in iudicium reus veniat* ? On serait tenté de répondre : pour 50, c'est-à-dire pour la somme que garantit le fidéjusseur empêché d'accomplir le *vadimonium*. La solution est

(1) *D.*, 2, 10, 1. 3. 3, 2.

(2) *D.*, 2, 10, 3, *pr.* ; 2, 11, 3.

différente et l'action sera donnée pour 100, pour tout ce que le demandeur était autorisé à réclamer au défendeur. Ce sera comme si le tiers qui s'oppose par dol devenait débiteur à la place du défendeur primitif : « veluti si reus tempore dominium rei interim sibi adquirat aut actione liberatus fuerit ».

Mais Julien prend soin de dire qu'il ne faut pas que cette circonstance tourne au profit gratuit du défendeur, tout au moins dans le cas où le demandeur aurait à subir quelque dommage, à savoir, quand le tiers qui agit par dol est insolvable (1).

Il n'y a pas, à être passible de l'action qui nous occupe, que celui qui a empêché personnellement, par ses propres manœuvres, la comparution du défendeur, mais aussi celui qui l'a fait faire par les siens et celui qui a déterminé des tiers à cette fin (2). Si le dol a été commis par l'esclave du demandeur, laisser l'action suivre son cours aboutirait à un enrichissement du maître : ce résultat serait injuste et immoral, au cas où le demandeur a connu la manœuvre de l'esclave et ne l'a pas empêchée ; mais si le demandeur n'a pas connu le fait et « si vero sine voluntate domini servus hoc fecerit : Sabinus noxale iudicium dandum ait, nec factum servi domino obesse debere..... ».

Dans cette hypothèse d'un obstacle mis par dol à la

(1) Fragm. 3, 1, h. t. : *Æquum adversus ipsum reum restitutoriam actionem competere.*

(2) Ulp., fr. 2, 1, h. t. : *Ut eum detinerent vel abducerent ne iudicio sistat, sive scientes, sive ignorantes quid esset quod comminisceretur.*

réalisation du *vadimonium*, on peut supposer que le demandeur a commencé à agir en vertu de l'action du *vadimonium* contre le défendeur. Si le demandeur est pleinement satisfait, il nous semble qu'il ne pourra pas agir contre le tiers, *cum nihil intersit*. Mais le défendeur, en admettant que la *pœna* promise au cas de non-réalisation du *vadimonium* soit plus élevée que la valeur de l'objet du procès, ou que l'action *ex stipulatu* soit plus préjudiciable au défendeur que l'action principale, le défendeur peut faire valoir cette considération et agir contre le tiers. C'est qu'en effet, il avait grand intérêt à accomplir ponctuellement le *vadimonium* et qu'il a tout lieu de se plaindre de celui qui l'en a empêché. Ce dernier lui a causé un tort qui se mesure exactement à la différence entre le montant de la *pœna* ou de la *summa vadimonii* et le montant de l'action principale.

L'*actio in factum* passe à l'héritier, pendant un an, mais elle vaut comme *actio pœnalis* contre l'héritier dans la mesure de son enrichissement (1).

(1) Voy. *Dig.*, 2, 10, 16 ; *Instit.*, 1, 6, 13. Cf. Lenel, *Edict. perp.*, p. 67, les conjectures sur la septième clause de l'Édit. Pour compléter la liste des actions qui dérivent du *vadimonium*, il convient de mentionner l'existence d'une action pénale donnée contre le demandeur qui refusait comme insuffisants les fidéjusseurs présentés par l'une des *personæ necessariæ*, à qui il était défendu d'opposer un pareil refus. Cette peine est la même que celle qui frappe le demandeur qui a fait une *in jus vocatio* sans se munir de l'autorisation dans les cas où elle est nécessaire. Les deux cas, en effet, sont identiques. Ils agissent également à tort et sans droit, les deux demandeurs refusant de se plier aux prescriptions de l'Édit qui obligeait l'un à ne citer en justice qu'après une autorisation, et

*Missio in bona*. — Le demandeur trouvait encore une protection dans la *missio in bona* que lui accorda le prêteur pour le prémunir contre les conséquences du *vadimonium desertum*. Dans le Digeste, on lit, au fr. 2 *pr.*, *Quibus in caus. in poss.*, 42, 4 : *Prætor ait : in bona ejus qui judicio sistendi causa fidejussorem dedit si neque potestatem sui faciet neque defendetur, iri jubebo*. Tous les auteurs (1) qui sont partis de cette idée qu'Ulpien, dans son livre 5, traitait du *vadimonium* ont soutenu que la menace de la *missio* contenue dans le texte cité ci-dessus, se rapportait au *vadimonium desertum*. Mais M. Lenel (2), dans ses recherches sur l'Edit, a restitué à ce fragment sa destination antérieure qui n'était pas le *vadimonium*, mais le *vindex*. Il a, en outre, très clairement démontré que la disposition originale de l'Edit ne pouvait se rapporter au *vadimonium* et il a substitué *vindicem à judicio sistendi causa fidejussorem*. En effet, le *vadimonium* tend à « certo die sisti » ; par conséquent, si la clause de l'Edit se fut rapportée au *vadimonium desertum*, on aurait trouvé comme condition de la *missio* cette circonstance que « *vadimonium deseruerit* » et encore avec cette particularité : « si illo die se non steterit », mais il ne s'y fut pas trouvé l'expression vague « si potestatem sui non faciet » qui semble tout à

l'autre à accepter les garanties qu'on lui offrait. Cf. Lenel, *Edict. perp.*, p. 55, et les références.

(1) Keller, *Semestria*, 1, pp. 55 et ss. ; Bethmann-Hollweg, 2, p. 563, n. 32, 33 ; Karlowa, *Beiträge zur Geschichte des römischen Civilpr.*, p. 113 ; Rudorff, *Zeitschr. f. R. Gesch.*, 4, p. 13 ; *Ed. p.*, p. 38.

(2) V. *Edict. perp.*, pp. 58-59.

fait inconciliable avec l'obligation, supposée préexistante de comparaître *in jure*, à jour fixe.

De plus, il faut remarquer que dans le discours de Cicéron, *Pro Quinctio*, où il est question d'une *missio in bona* réclamée à la suite d'un prétendu *vadimonium desertum* et où toutes les clauses de l'Edit sur la matière sont mentionnées en détail, l'édit du fr. 2, *pr.*, n'est pas seulement désigné d'un mot. Si le livre 5 du commentaire d'Ulpien sur l'Edit ne peut être utilisé pour l'étude de la *missio in bona* accordée au demandeur au cas de *vadimonium desertum*, il n'en est pas de même du plaidoyer de Cicéron, *Pro Quinctio*, qui porte presque tout entier sur une hypothèse de ce genre.

Suivant certaines idées traditionnelles, rien n'aurait été plus facile que d'obtenir la *missio*. Mais il est fort douteux que cette opinion soit exacte. En effet, Cicéron représente à ses contemporains la permission de s'emparer des biens de son adversaire comme *extrema et inimica jura* (Cicéron, *Pro Quinct.*, c. 15). La raison en est double.

Elle entraînait l'infamie, et, de plus, il faut reconnaître qu'à la *missio in bona* étaient liés d'autres désavantages de droit privé.

En effet, par ce moyen, le demandeur obtenait un droit de gage sur les choses qui faisaient l'objet de la *missio*. Ces considérations générales nous donnent à penser qu'il n'a pas dû être si facile d'y arriver. Il est certain que des précautions ont été prises pour préve-

nir des conséquences trop rigoureuses : mais quelles étaient-elles ? Quelle était la procédure qui précédait la *missio* ? Nous devons nous renseigner dans le *Pro Quinctio* qui pourra nous donner les règles en vigueur, si, toutefois, il y a moyen de faire la part des arguments de plaidoirie auxquels Cicéron devait fatalement faire appel.

Rappelons brièvement les faits dont il s'agissait. Sextius Nævius et Publius Quinctius, citoyens romains, avaient formé une société pour diriger en commun une exploitation située en Gaule. A part cela, Quinctius possédait encore en Gaule des *prædia privata* (*pro Q.*, c. 29, 90) et à Rome une maison où habitaient sa femme et ses enfants (c. 27, 85 ; c. 29, 89). Ils se trouvaient tous deux à Rome, lorsque Nævius prétendit avoir des réclamations à faire valoir contre Quinctius et attaqua ce dernier en justice. Une tentative de conciliation échoue, et les deux parties contractent un *vadimonium* pour comparaître à un jour fixé devant le tribunal.

Le *vadimonium* conclu est, d'un commun accord, reporté à une date ultérieure ; quand les parties se présentent à cette dernière date, Nævius vient déclarer qu'il n'a plus de prétentions à faire valoir en vertu de la société, et qu'il désire résigner le *vadimonium*. Quinctius se montre satisfait, on se sépare et, quelque temps après, Quinctius retourne en Gaule. A peine Nævius apprend-il son départ qu'il se présente, accompagné de témoins, à la *Tabula Sextia* ; là il établit que lui s'est présenté, alors que Quinctius n'en a rien fait.

En définitive, il prie le préteur Burrienus de l'envoyer en possession des biens de Quinctius, conformément aux dispositions de l'Edit. Cela lui est accordé en tant que c'est conforme à l'Edit (1). Alors Nævius s'efforce de saisir les biens de Quinctius et de les mettre en *proscriptio*. Mais survient le chevalier Sextus Alfenus comme *defensor* de Quinctius absent ; il envoie un esclave, que Nævius avait déjà saisi, dans la maison de Quinctius, et s'offre pour supporter le *judicium* à sa place. Tous deux se rendent devant le préteur ; là, Nævius somme Alfenus de lui fournir une *satisfactio iudicatum solvi*. Ce dernier s'y déclare non obligé et, lorsque le préteur décide qu'il devra cependant le faire, il en appelle aux tribuns. Le tribun Brutus fait savoir qu'il interviendra au cas où aucune entente ne réussirait entre Alfenus et Nævius (c. 20, 21 ; cf. c. 7). A la suite de cette décision, les deux parties s'arrangent de façon à faire comparaître Quinctius, à Rome, aux Ides de septembre. Au jour fixé, Quinctius paraît ; mais voilà maintenant que Nævius retarde l'affaire, à nouveau, pendant un an et demi (c. 8, 30 ; c. 21). Il se présente enfin devant le préteur Dolabella, en émettant la prétention que Quinctius lui doit, avant tout, constituer une *satisfactio iudicatum solvi*, sous le prétexte que lui, Nævius, aurait déjà possédé ses biens pendant une durée de 30 jours, *ex edicto*

(1) Chap. 19, 60 : *Neque enim quisquam divinare poterat, te postulaturum, neque quemquam attinebat id recusare, quod Prætor non fieri, sed ex edicto suo fieri jubebat*

*prætoris* (c. 8, 30). Quinctius dément énergiquement cette dernière assertion ; il a à cela le plus grand intérêt ; car si elle était reconnue exacte, il irait pour lui de l'infamie.

Le préteur décide, alors, qu'il faudra organiser sur ce point préalable, un *præjudicium* spécial ; et, en imposant à Quinctius la charge de la preuve, il oblige celui-ci à conclure avec son adversaire une *sponsio* sur le point de savoir : *si bona ex edicto P. Burrieni prætoris dies XXX possessa non essent*.

Le procès sur la *sponsio* est porté devant le juge Aquilius, et c'est le soin de Cicéron, qui se présente pour Quinctius, de démontrer, dans son plaidoyer, que « ce n'est pas conformément à l'Edit que les biens de celui-ci ont été possédés pendant une durée de 30 jours ».

Cicéron fera sa preuve en montrant trois choses : 1) que Nævius n'avait pas le droit de réclamer la *missio* au préteur Burrienus ; 2) que Nævius n'avait pas pu posséder les biens de Quinctius en vertu de l'Edit, *ex edicto* ; 3) que Nævius ne les avait pas, en réalité, possédés conformément à l'Edit.

Si la division en trois parties est importante pour saisir la valeur probatoire du plaidoyer, il nous suffit, pour notre sujet, d'insister un peu sur la première.

Cicéron cherche à démontrer d'une façon précise : a) d'abord que Nævius n'avait rien à réclamer de Quinctius (c. 11, 37 ; c. 14, 48) ; b) qu'il n'avait été conclu aucun *vadimonium* et que, par conséquent, il n'y avait

pas eu *vadimonium desertum* (c. 14, 48 ; c. 19, 60) ; c'est là le point principal qui doit nous occuper.

Nævius avait-il un motif suffisant de réclamer, en l'absence de Quinctius, une *missio* en même temps que la *proscriptio* ? Keller (1) observe que la *missio* devait compéter à tout créancier à la seule condition qu'il fût en effet créancier et, en sus de cela, que ce droit serait accordé à tous ceux au préjudice desquels le débiteur *vadimonium deseruerat* et qui étaient *loco creditoris*. Mais il aurait suffi, pour Nævius, qu'une des deux circonstances ci-dessus énoncées existât, et Cicéron aurait dû, par conséquent, dans cette première partie, démontrer que l'on ne se trouvait dans aucune des deux.

D'après cette théorie, quelle devait être la conduite de Nævius ? Il aurait pu faire *proscriptio* sur les biens de Quinctius en démontrant seulement que celui-ci était son débiteur ou qu'il avait négligé le *vadimonium*. Il soutint la première prétention, que Quinctius était son débiteur. Aussitôt après avoir constaté son absence, il pouvait aller devant le magistrat et commencer la procédure. Mais pourquoi lui vient-il à l'idée de soutenir d'abord que Quinctius a déserté le *vadimonium* qu'il avait contracté. Cicéron nous dit en termes fort clairs que, pour que la demande de *missio* fût légitime, Quinctius aurait dû, à la fois, être débiteur de Nævius et avoir déserté le *vadimonium*.

(1) V. *Semestria ad Ciceronem*, pp. 58 et ss., 86, n. 18 ; 175 et 176.

Alors Cicéron va s'attacher à démontrer qu'aucun *vadimonium* n'avait été contracté. Tout le débat oratoire portait donc sur le point de savoir s'il y avait eu abandon du *vadimonium* et par là même, *vadimonium* : c'était là le pivot. S'il n'y en avait pas eu, la *missio in bona* était illégitime, nous n'avons pas à peser au point de vue juridique la valeur des arguments présentés de façon brillante et souvent pathétique par Cicéron ; il nous suffit d'observer le fait. S'il y avait eu *vadimonium*, la *missio in bona* était légitime.

Dans le cours de l'exposition que nous avons tenté de faire du procès de Quinctius, nous avons pu voir qu'à un certain moment le préteur ordonna qu'un *præjudicium* serait organisé pour savoir *si bona ex edicto prætoris dies XXX possessa non essent*. C'est là une de ces précautions indispensables dont nous disions plus haut qu'elles s'imposaient au seuil d'une procédure aussi grave que la *missio in bona*.

Une autre consistait en ce que le créancier ne devait pas solliciter la saisie de la possession des biens du défendeur après la *desertio vadimonii*, mais 30 jours après cet événement. Par ce délai, le défendeur avait l'occasion de se présenter en justice, sans encourir les risques d'une *missio*. Mais une difficulté pouvait se présenter, de nature à nuire au créancier. C'était dans le cas où celui-ci sollicitait une *missio* sans être au courant des circonstances de l'affaire, sans connaître, par exemple, l'existence d'un *procurator* que le défendeur absent en

personne avait laissé en son lieu et place. Pour prévenir cet inconvénient, on devait nécessairement en venir, par la suite, à une procédure qui produisît, dans tous les cas, la certitude que le défendeur était absent sans défense ni protection ; de la sorte, les prescriptions de l'Edit du préteur pouvaient être remplies et inattaquables. Cette procédure consistait dans les points suivants :

Le demandeur, en l'absence de son adversaire, sollicitait du magistrat (1) un *edictum* (2), il renouvelait sa demande au moins 10 jours après ; et enfin, à l'expiration d'un dernier délai de 10 jours, il réclamait un dernier *edictum peremptorium*. Dans chacun d'eux le défendeur était assigné à comparaître avec, inscrite dans le *peremptorium* seulement, la menace des voies d'exécution : le préteur réglerait la question en l'absence du défendeur (3). Suivant les circonstances, le magistrat pouvait rendre péremptoire le premier édit (*unum pro omnibus, pro tribus*).

Dans cet *ordo edictorum*, nous constatons deux ressemblances avec l'ancien droit : d'abord ce même délai de 30 jours, et le but commun, d'obliger le défendeur à se présenter. Si le défendeur était encore absent après l'*edictum peremptorium*, il était alors déclaré *contumax* (4).

(1) D., 5, 1, 75.

(2) D., 5, 1, 68.

(3) V. D., 5, 1, 71, 68,

(4) V. D., 42, 1, 5, 1 ; D., 5, 1, 73 ; D., 5, 1, 7 *pr.*

Le demandeur avait le choix entre trois procédés, choix que la loi 8 au Code, 7, 43, désigne par le mot *vel* : 1) il pouvait insister encore pour que son adversaire se présente, *ut sese repræsentet*(1) ; 2) *vel possessionem cui incumbit, ad te transferre, et adversarium petitem constitutere*. Avant l'introduction de l'*ordo judiciorum*, c'était la conséquence ordinaire d'une absence prolongée, conséquence présentant cependant quelque danger pour le demandeur. Le plus avantageux était certainement le troisième procédé : la décision du magistrat, *vel auditis defensionibus tuis, id quod suis ratio exegerit, judicare*. Le demandeur était ainsi en état de procéder aux voies d'exécution et, de plus, il était hors du danger de se voir en copossession avec un autre créancier.

L'ensemble de ces mesures, rapidement exposées, constituait ce qu'on pourrait appeler la procédure contumaciale. Quelle fut sa date d'introduction ? On ne peut la déterminer avec précision ; mais ce qui est certain, c'est qu'elle n'existait pas encore à l'époque de Cicéron, et que le plus ancien indice s'en trouve dans Marcellus (2).

Au moyen de la procédure coutumaciale, le créancier était non seulement garanti contre une *missio* défectueuse, mais encore contre les *appellationes*, quand il

(1) Voy. Aulu-Gelle d'après Varron, *N. Att.*, 13, 12, 13.

(2) Voy. *D.*, 4, 1, 7 ; *D.*, 5, 1, 75.

priaît le magistrat de rendre sa décision (1). Une théorie dont le principe semble remonter à Cujas (2), rattache la procédure contumaciale exclusivement à la procédure *in judicio*, donc à des faits intervenant après la *litis contestatio*. Si ce point était exact, l'*ordo edictorum* n'aurait aucun rapport avec le *vadimonium*, et aucune amélioration n'eût dû être apportée à la procédure qui suivait la *vadimonii desertio*. Ce système part de cette hypothèse que les lois 68 et ss., *Dig.*, 5, 1 et 53, *Dig.*, 42, 1, se rapportaient à l'*eremodicium*; mais ce n'était pas là le sens primitif du passage. C'est surtout le magistrat qui agit et non le *judex*; et ce que contiennent les lois 69, 71, 73 au Digeste, 5, 1, est plutôt l'œuvre du magistrat. Où voit-on des édits proposés par le *judex*, qui était un particulier? Où aurait siégé son tribunal?

Une théorie récente admet que l'ensemble des formalités, des mesures de précaution présentées sous le nom de procédure contumaciale n'aurait jamais fonctionné qu'en matière extraordinaire. Cette opinion que nous n'avons pas à examiner ici n'élève pas un obstacle bien fort contre nos développements sur la *vadimonii desertio*, car si des cas de procédure extraordinaire se sont manifestés avant la généralisation de ce système judiciaire, on n'est pas arrivé à en donner une énumé-

(1) Voy. *D.*, 5, 1, 73, 3; *D.*, 49, 1, 23, 3; *D.*, 49, 8, 1, 3; Paul, *Sent.*, 5, 7; *Cod.*, 7, 65, 1.

(2) *Observ.*, 10, 10, *Exposit. nov.*, 69.

ration exacte, tant extensive que limitative, et aucun document précis n'est apporté qui contredise l'application à notre matière des textes que nous avons cités.

Ayant obtenu la *missio in bona*, le demandeur avait la détention, le droit de garde et de conservation. Mais il ne pouvait déposséder son adversaire (1). Primitivement, la *missio* paraît s'être étendue à tous les biens *qui teneri et possideri possunt* (2). Elle a dû, peu à peu, se limiter à certains biens, par imitation de ce qui se passait dans les actions *in rem* (3). La sûreté du demandeur consistait en un droit de gage, *pignus prætorium*, sur la chose, et dans un moyen de défense, l'interdit « ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit (4) ». Il était en droit de demander la caution *judicatum solvi*, quand il devait abandonner la garde et la conservation de la chose (5).

(1) Cf. Pernice, *Zeitschr. Sav. St.*, 14, 1893, pp. 160-162 ; Girard, *Manuel*, p. 999.

(2) V. Cicéron, *Pro Quinct.*, c. 27 ; *D.*, 42, 4, 12 ; *D.*, 41, 4, 3, 23 ; *C.*, 7, 43, 8.

(3) Cicéron, *Pro Quinct.*, c. 29 ; *D.*, 42, 4, 7, 1.

(4) V. *D.*, 42, 4, 7, 16, 19.

(5) Voy. Digeste, 43, 4.

(6) Cf. Cicéron, *Pro Quinct.*, c. 8 ; Gaius, 4, 102 ; *D.*, 42, 5, 33, 1.

## CINQUIÈME PARTIE

### LE VADIMONIUM EN DROIT POSTCLASSIQUE.

---

#### APPENDICE I

##### LA LITISDENUNTIATIO ET LES RÉFORMES DE MARC-AURÈLE.

Le *vadimonium* n'est plus mentionné dans les compilations de Justinien, il a été supprimé dans ceux des fragments insérés au Digeste qui en parlaient antérieurement, et remplacé par la *cautio judicio sisti*. Cette expression ne se rapporte pas invariablement au *vadimonium*, mais partout où elle se trouve, elle est interpolée.

Il existe une grave question, très connexe à la nôtre, celle de savoir s'il y avait, en droit romain, bien avant Marc-Aurèle, dès une époque reculée, une procédure de citation par *denuntiatio*, ou si cette procédure date seulement de Marc-Aurèle, qui l'aurait introduite comme moyen plus commode de commencer la procédure et d'éviter les formalités du *vadimonium*. — La

disparition du *vadimonium* date-t-elle de Marc-Aurèle ou de Justinien ? Un passage de l'historien Aurelius Victor est ainsi conçu :

« Legum ambigua mire distincta vadimoniorumque solemnī remoto denuntiandæ litis operiendæque ad diem commode jus introductum. »

Ce texte est le seul document sur lequel on s'appuie pour soutenir que la forme d'introduction de l'instance au moyen d'une *denuntiatio* date seulement de Marc-Aurèle. Que signifie et à quoi correspond, en réalité, ce « jus denuntiandæ litis » ? — Si l'on n'a, pour se renseigner sur cette institution aux temps classiques, que le texte d'Aurelius Victor, on trouve, par contre, dans le Code Théodosien, de nombreuses explications et d'abondants développements à son sujet (1).

Son origine est des plus discutées et elle a donné lieu à une foule de conjectures dont l'examen ne rentre pas dans notre cadre, puisqu'il s'agit d'un système distinct, des *denuntiationes* (2).

(1) V. *Cod. Theodos.*, titre *De denuntiatione vel editione rescripti*, 2, 4, et aussi le titre 6, liv. 2.

(2) M. Eisele, *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte*, 1896, p. 270, qui propose lui-même un système, énumère les principaux qui se sont déjà produits : Wieding ferait remonter le procédé de citation par *denuntiatio* à la *denuntiatio* qui avait lieu dans la procédure de *cognitio* ; Mühlenbruch le rattacherait à la *legisactio per conductio-nem* ; O.-E. Hartmann, à la *litidenuntiatio* faite à l'auctor en cas de menace d'éviction ; Bethmann-Hollweg, Rudorff, Kuntze, au *dicam scribere* de la procédure sicilienne. Voigt, au *vadimonium* de la procédure sicilienne. Quant à M. Baron (*Institutionen*, p. 380, n. 33, *Abhandlungen aus dem römischen Civilprocess*, 3), il lui voit des ori-

Mais quel est son rapport avec le *vadimonium* ? A nous en tenir aux termes du passage d'Aurelius Victor, les mots *jus denuntiandæ litis operiendæque ad diem* expriment une « notification extrajudiciaire du procès par le demandeur au défendeur avec désignation précise de l'objet de la demande tenant lieu de l'*actionis editio*, faite devant témoins et consignée par écrit, suivant l'usage général observé à l'égard des *testationes*, et dont l'effet était d'obliger, sans autre formalité, le défendeur à comparaître ultérieurement *in jure*..... et à laisser le procès s'engager et suivre son cours ».

Aurelius Victor attribue l'introduction de cette procédure à Marc-Aurèle. Le mot *commode* qui est dans le texte ne fait pas de difficulté. Il n'en résulte pas que Marc-Aurèle ait rendu une *litisdenuntiatio* préexistante plus pratique, ait substitué un droit de *denuntiatio* commode à un autre droit de *denuntiatio* moins commode : mais il en résulte qu'il a introduit la *litisdenuntiatio* pour plus de commodité. L'institution nouvelle présentée comme réforme par l'historien n'a pas pour antithèse un droit plus ancien de *litisdenuntiatio*, mais certainement les *vadimonia*.

La proposition d'Aurelius Victor va plus loin, elle

gines dans certaines *denuntiationes* mentionnées par Cicéron (*Pro Cæcina*, c. 7 ; *Pro Quinctio*, c. 17) ; dans la *denuntiatio* exigée par l'Edit au sujet de la *cautio damni infecti*, et enfin dans le rescrit d'Antonin le Pieux, *Dig.*, l. 7, *De inoff. test.*, 5, 2. Sur la *litisdenuntiatio*, voy. Baron, *Der Denuntiationprocess*, 1887 ; et Kipp, *Die Litisdenuntiation als Prozesseinleitungsform*.

tend à affirmer que les *vadimonia* auraient été abrogés non pas seulement dans leurs solennités, comme l'ont prétendu certains anciens auteurs, mais dans leur substance. Il ne peut s'agir, en effet, d'une simple abrogation des solennités du *vadimonium*, car ce qu'Aurelius Victor oppose au *vadimonium* en est trop différent : la *litis denuntiatio* est un acte unilatéral, le *vadimonium* est un contrat.

Est-il téméraire de conclure à une abrogation, en s'inspirant aussi de l'expression « *remoto* » qui veut dire beaucoup plus qu'une simple limitation des *vadimonia*, comme le prétend Bethmann-Hollweg (1) ?

Le langage d'Aurelius Victor n'exprime pas non plus que la *litis denuntiatio* aurait été seulement introduite par Marc-Aurèle, et aurait supplanté le *vadimonium* dans la pratique, mais les mots *vadimonium solemniter remoto* placés en tête amènent à dire que Marc-Aurèle a abrogé le *vadimonium* et mis le *litis denuntiatio* à sa place.

En revanche, il se peut très bien qu'Aurelius Victor n'ait pas voulu prétendre que les *vadimonia* auraient été abrogés dans toutes leurs fonctions, mais seulement dans la mesure où la *litis denuntiatio* pouvait les remplacer. La réforme eût donc concerné le *vadimonium extrajudiciale* et aussi le *vadimonium Romam faciendum* qui est organisé *in jure* par le magistrat municipal,

(1) Voy. *Römische Civilprocess*, 2, p. 202, 33.

quand la valeur du litige dépasse sa compétence. En effet, l'*in jus vocatio* devant le magistrat municipal, au moyen de la réalisation du *vadimonium Romam faciendum* est un moyen accessoire d'amener le procès devant le tribunal compétent. On peut donc conclure que, si la réforme de Marc-Aurèle a consisté à mettre la procédure d'introduction de l'instance par la *litis denuntiatio* à la place du procédé d'introduction par le *vadimonium*, elle a consisté aussi à substituer au *vadimonium Romam faciendum* la *litis denuntiatio* avec citation directe devant le préteur. Cela explique qu'Aurelius Victor n'ait pas parlé de l'*in jus vocatio*, et par conséquent, non plus de son abrogation.

L'*in jus vocatio* n'a pas été touchée par la réforme de Marc-Aurèle. Le *vadimonium*, de même que la *litis denuntiatio*, avait pour but d'amener la comparution prochaine du défendeur *in jure*. Pour atteindre plus commodément ce but, et dans cette mesure seulement, Marc-Aurèle supprima les *vadimonia* et leur substitua la *litis denuntiatio*. Mais il était encore possible au demandeur, s'il voulait s'assurer la comparution immédiate de son adversaire, de recourir, après comme avant, à l'*in jus vocatio* (1).

(1) Avec les développements qui précèdent, il n'y a pas lieu de s'étonner que des mentions du *vadimonium* se retrouvent dans certains textes postérieurement au temps de Marc-Aurèle ; on en rencontre, en effet, dans *Collat. leg.*, 2, 6, Paul ; *Apul., Met.*, 10 ; et *Amm. Marcell.*, 4, 30. Cf. Gauckler, *Nouv. Rev. hist.*, 1889, p. 628 ; Maria, *Le Vindex*, p. 237, n. 13.

## APPENDICE II

### LA CAUTIO JUDICIO SISTENDI CAUSA FACTA DE JUSTINIEN.

*Cautio judicio sistendi causa* est l'expression que l'on trouve substituée à celle de *vadimonium* dans les fragments des commentaires des jurisconsultes qui ont servi de matériaux aux compilateurs du Digeste. Sensiblement différente ou, au contraire, calquée sur l'institution qu'elle remplace, cette « *cautio judicio sistendi* » joue au temps de Justinien le même rôle que le *vadimonium* auparavant, puisqu'elle a pu, à peu de chose près, s'adapter aux développements et aux considérations qui n'étaient pas faits pour elle.

Dans la plupart des textes (1), par conséquent, où figure cette expression, il faut mettre à la place le mot *vadimonium*, mais pas dans tous, comme nous avons eu l'occasion de le remarquer dans le cours de cette étude ; car des indices précis ont permis à des commentateurs modernes de reconnaître que, dans certains cas, il fallait lire *vindicis datio* et non *vadimonium* (2).

(1) D., 2, 8, *Qui satisd.*, 16 ; D., 2, 10, *De eo per quam fact.*, 3 pr. ; D., 2, 11, *Si quis caut.*, 4, 4. 5, 1 et 2. 10, 2 ; D., 4, 2, *Quod met caus.*, 14, 8 ; D., 5, 1, *De jud.*, 2, 6 ; D., 26, 7, *De adm. tut.*, 28 pr. ; D., 40, 12, *De lib. caus.*, 24, 4 ; D., 44, 2, *De except. rei jud.*, 5 ; D., 46, 5, *De stip. præt.*, 1, 3 ; D., 46, 8, 15.

(2) Cf. Lenel, *Edict. perp.*, p. 54. Les règles qui se trouvent ap-

Mais si, dans les textes où *cautio judicio sistendi causa* figure, d'une façon certaine, pour l'ancien *vadimonium*, les règles applicables à la nouvelle institution sont les mêmes que celles qu'ont élaborées l'Edit du préteur et le droit classique, il est un point cependant qui ferait penser à quelque divergence et qui est entouré d'une certaine obscurité : c'est à savoir si dans le droit de Justinien, il existait, à côté de la *cautio judicio sisti*, une caution différente, la *cautio quod in judicio permaneat usque ad terminum litis*, ou bien si ces deux cautions ne représentent qu'une seule et même chose.

Ce dernier système a été soutenu par Bethmann-Hollweg (1) : la *cautio quod in judicio permaneat* etc. ne serait que la seconde moitié de la *cautio judicio sisti*, et les deux ne feraient qu'un tout de même nature. Une preuve en serait fournie par la Nouvelle 53, c. 3 *pr.*, où les expressions *δικαστικής ασφαλείας* mises au pluriel représenteraient précisément ces deux parties de la même caution.

Contre ce système on peut, d'abord, remarquer qu'il n'est pas du tout prouvé, que le mot *ασφαλείας* désigne à la fois les deux choses auxquelles pense Bethmann-Hollweg. Il n'est pas fatal que l'écrivain de la Nouvelle n'ait pu penser à l'une sans mentionner l'autre, et ce ne

pliquées ainsi au *fidejussor judicio sistendi causa* ne peuvent convenir à un véritable *fidejussor* ; c'est ainsi que l'obligation de ce prétendu fidéjusseur est sanctionnée par une action prétorienne *in factum* sur *quanti ea res erit* au lieu de l'être par une *actio ex stipulatu*.

(1) *Römische Civilprocess*, 3, p. 250, n. 45.

sont pas, autant qu'on veut bien le dire, deux moitiés d'une chose identique. La *cautio quod in judicio permaneat*..... ne peut être prise en considération que si le défendeur est *exhibitus*, a comparu devant le tribunal, tandis que la *cautio judicio sisti* doit être fournie avant cette comparution. Les *ασφαλεια* sont des sûretés, des garanties ; il a fort bien pu n'avoir été question d'elles dans la Nouvelle 53, qu'à propos de la *cautio judicio sisti*, et au pluriel encore, parce que la sûreté est susceptible de se produire tantôt par cautions, tantôt par serment, tantôt au moyen des deux et que cautions et serment sont deux sûretés de nature différente.

Une preuve que Justinien ne pensait, dans le chap. 3 *pr.*, qu'à la *cautio judicio sisti*, bien que s'exprimant au pluriel, c'est qu'au même chap. 3, 2, il parle d'*ασφαλεια* au singulier. Il n'a pu cependant supprimer d'un trait de plume une des cautions dans les paragraphes 1 et 2 ; il a certainement pensé à la même caution que que dans le *pr.* du chap. (1). L'opinion contraire défendue par Muther (2), Rudorff (3) et Wieding (4), a pour elle l'appui des textes. La Nouvelle 53 enseigne que

(1) La *cautio judicio sisti* était une *stipulatio judicio sisti* ; or, il était d'usage de constater ces stipulations par des documents écrits, nommés individuellement *cautio*. De tels documents sont mentionnés pour la *cautio judicio sisti* dans les lois 17, *Cod.*, *De dignitat.*, 12, 1 (Honorius et Théodose) et 26, 6, *Cod.*, *De episcop. audient.*, 1, 4 (Justinien).

(2) Muther, *Sequestration und Arrest*, pp. 314 et ss.

(3) Rudorff, *Röm. R.-Gesch.*, 2, p. 216, n. 9.

(4) Voy. Wieding, *Justinianische Libellprocess*, p. 513.

le défendeur, quand il en était requis par le juge, devait fournir une *cautio judicio sisti*, après l'*insinuatio* du *libellus conventionis*.

Comment cette prescription de la Nouvelle 53 se concilie-t-elle avec le droit contenu dans les autres ouvrages de Justinien ? On lit aux Institutes, 4, 11, 2 :

« Sed hæc hodie aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive in personam suo nomine, nulla satisfactio pro litis æstimatione dare compellitur ; sed pro sua tantum persona, *quod in judicio permaneat usque ad terminum litis* vel committitur sive promissioni cum jurejurando, quam *juratoriam cautionem* vocant, vel *nudam promissionem*, vel *satisfactionem* pro qualitate personæ suæ dare compellitur. »

L'ancienne *cautio judicatum solvi* avait fait place à une autre, qui remplissait le même but. Cette nouvelle caution était-elle la même que celle dont parle la Nouvelle 53 ?

A voir le but qu'elles remplissent, ce sont deux cautions entièrement différentes, qui sont entre elles dans le même rapport que l'ancien *vadimonium* qui assurait le passage d'une comparution *in jure* à une nouvelle comparution *in jure* avec cette autre sorte de *vadimonium* par lequel le défendeur appelé *in jure* assurait sa première comparution devant le préteur (1). La Nouvelle

(1) En réalité les cautions du droit de Justinien ne sont pas, de tous points, identiques aux *vadimonia*. Il y a cette différence que la caution mentionnée aux Institutes consiste à obliger le défendeur à

53, c. 4, 1, *in fine*, montre bien encore qu'il y avait deux cautions différentes dans le droit de Justinien. Il y est dit que le défendeur qui n'a pas obéi à la *cautio juratoria* qu'il avait promise pour assurer sa première comparution, doit fournir une caution garantie par des fidéjusseurs, s'il vient plus tard à comparaître et à procéder à la *litis contestatio* ; cette dernière ne peut être autre chose que la *cautio quod in judicio permaneat usque ad terminum litis*.

Elle remplace l'ancienne *cautio judicatum solvi*, comme la *cautio judicio sisti* remplace l'ancien *vadimonium* extrajudiciaire. On peut comprendre pourquoi Justinien, dans le passage de ses Institutes, parle seulement de la *cautio quod in judicio permaneat* ; son développement suit le commentaire 4, 188 et s. de Gaius, où il n'est question que de la *cautio judicatum solvi* et non du *vadimonium*. C'est un indice sérieux que Justinien n'a traité que de la caution qui a été substituée à la *cautio judicatum solvi*. Suivant le plan de Gaius, il ne devait parler de la *cautio judicio sisti* qu'après le paragraphe 3 des Institutes, *De pœna temere litigantium*, 4, 16, où il est question de l'*in jus vocatio*.

garantir toutes les suites du procès, sa présence du commencement à la fin, tandis que le *vadimonium* correspondant garantit seulement la comparution et ne subsiste que pendant l'intervalle de deux comparutions.

INDEX DES FRAGMENTS DES COMMENTAIRES  
DES JURISCONSULTES SUR LES DISPOSITIONS  
DE L'ÉDIT PERPÉTUEL RELATIVES AU VIN-  
DEX ET AU VADIMONIUM QUI ONT ÉTÉ INSÉ-  
RÉS AU DIGESTE.

---

— Nous ne prenons, des titres de l'Édit perpétuel, que les paragraphes présentant quelque rapport avec le *vadimonium*.

— Les textes cités sous le titre *De in jure vocando* sont relatifs au *vindex*, mais ont été, souvent et à tort, rapportés au *vadimonium* ; ils sont cités là par opposition aux textes concernant réellement le *vadimonium*. L'opposition ressort matériellement de la différence des numéros des livres des commentaires.

— Les classifications ci-après sont faites d'après les restitutions de M. Lenel (*Edictum perpetuum* et *Palingenesia juris civilis*).

---

|                 | TITRE I<br>AD LEGEM MUNICIPALEM                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | TITRE V<br>DE IN JUS VOCANDO                                                                                                                                            |                                  |                                              |                                                                                                           |
|-----------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------|----------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                 | <i>De vadimonio Roman<br/>faciendo</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | <i>In jus vocati ut<br/>eant aut vindicem<br/>dent</i>                                                                                                                  | <i>De vadimonio<br/>faciendo</i> | <i>Quantivadimonia<br/>fiant</i>             | <i>Qui satisfacere co-<br/>gantur vel jurato<br/>promittant vel<br/>suae promissioni<br/>committantur</i> |
| Callistrate...  | »                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | <i>Lib. 1, D., 2, 6, 2.</i>                                                                                                                                             | »                                | »                                            | »                                                                                                         |
| Celsus...       | »                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | »                                                                                                                                                                       | <i>Dig. 1, D., 2, 5, 3;</i>      | »                                            | »                                                                                                         |
| Gaius...        | <i>Lib. 1, D., 2, 11, 1;</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | <i>Lib. 1, D., 2, 8, 3;</i>                                                                                                                                             | <i>45, 1, 81 pr.</i>             | »                                            | »                                                                                                         |
| Julien...       | <i>2, 1, 11.</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | <i>2, 8, 5; 5, 1, 4.</i>                                                                                                                                                | »                                | »                                            | »                                                                                                         |
| Labéon...       | »                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | »                                                                                                                                                                       | »                                | »                                            | »                                                                                                         |
| Labéon...       | <i>D., 50, 16, 5, 1.</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | <i>D., 2, 4, 4, 3; 2,</i><br><i>4, 11.</i>                                                                                                                              | »                                | »                                            | »                                                                                                         |
| Mela...         | »                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | »                                                                                                                                                                       | <i>D., 5, 1, 2, 6;</i>           | »                                            | »                                                                                                         |
| Ofilius (Aulus) | »                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | »                                                                                                                                                                       | <i>40, 12, 24, 4.</i>            | »                                            | »                                                                                                         |
| Papinien...     | »                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | »                                                                                                                                                                       | »                                | »                                            | »                                                                                                         |
| Paul...         | <i>Lib. 2, D., 2, 1, 6;</i><br><i>1, 16, 12; 4, 8, 1;</i><br><i>7, 1, 4; 7, 7, 1;</i><br><i>16, 3, 6; 18, 5, 6;</i><br><i>26, 5, 15; 45, 1,</i><br><i>68; 50, 16, 5; 50,</i><br><i>16, 7; 50, 17, 106.</i>                                                                                                                                                                         | <i>Lib. 4, D., 2, 4,</i><br><i>1; 47, 10, 23;</i><br><i>2, 4, 5; 2, 4,</i><br><i>7; 2, 4, 9; 2,</i><br><i>4, 11; 50, 17,</i><br><i>108; 2, 6, 3;</i><br><i>2, 8, 4.</i> | »                                | <i>Lib. 6, D., 50, 17,</i><br><i>110 pr.</i> | <i>Lib. 6, D., 50,</i><br><i>17, 110, 1; 2,</i><br><i>8, 16; 12, 2,</i><br><i>15.</i>                     |
| Pedius...       | »                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | »                                                                                                                                                                       | »                                | »                                            | »                                                                                                         |
| Pomponius...    | »                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | »                                                                                                                                                                       | »                                | »                                            | »                                                                                                         |
| Ulpien...       | <i>Lib. 2, D., 50, 1, 4;</i><br><i>50, 1, 27; 1, 12, 3;</i><br><i>1, 16, 16; 5, 1, 1;</i><br><i>10, 2, 55; 12, 6,</i><br><i>17; 45, 1, 67; 50,</i><br><i>17, 104; 13, 6, 9;</i><br><i>19, 2, 39; 12, 1, 10;</i><br><i>17, 2, 32; 44, 7,</i><br><i>36; 47, 12, 1; 44,</i><br><i>2, 1; 50, 16, 3 pr.;</i><br><i>2, 12, 3; 26, 1, 10;</i><br><i>46, 6, 8; 50, 16,</i><br><i>3, 1.</i> | <i>Lib. 5, D., 2, 8,</i><br><i>2 pr.; 1; 2, 8,</i><br><i>2, 2-4; 2, 8,</i><br><i>2, 5; 42, 4, 2.</i>                                                                    | <i>Lib. 7, D., 5, 1, 7.</i>      | »                                            | <i>Lib. 7, D., 3, 3,</i><br><i>5, 7.</i>                                                                  |

La lettre *D.* désigne la compilation de Justinien ; l'abréviation *Dig.* se rapporte à l'ouvrage original des jurisconsultes : les *Digesta* de Celsus et de Julien, comme l'abréviation *Lib.*, aux diverses parties des commentaires sur l'Edit.

| TITRE VII<br>DE VADIMONIIS              |                                                                       |                                                                                      |                                                                                                                                                |                                                                                  | TITRE XLIV<br>EXCEPTIONES                                                                                | TITRE XLV<br>STIPULATIONES<br>PRÆTORIÆ                                                       |
|-----------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>De<br/>vadimonio<br/>conciptendo</i> | <i>Si ex noxali<br/>causa agatur</i>                                  | <i>Quas person-<br/>nas sine per-<br/>missu præ-<br/>toris vadari<br/>non liceat</i> | <i>De eo per quem<br/>factum erit quo-<br/>minus vadimo-<br/>nium sistat</i>                                                                   | <i>Quibus ex causis<br/>vadimonia recu-<br/>peratoribus<br/>suppositis fiant</i> | <i>Si quis vadimo-<br/>nium non<br/>obtemperaverit</i>                                                   | <i>Vadimonium<br/>sisti</i>                                                                  |
| »                                       | »                                                                     | »                                                                                    | »                                                                                                                                              | <i>Lib. 1 D., 47,<br/>9, 6 (?)</i> .                                             | »                                                                                                        | »                                                                                            |
| »                                       | »                                                                     | »                                                                                    | »                                                                                                                                              | »                                                                                | »                                                                                                        | »                                                                                            |
| »                                       | <i>Lib. 2, D.,<br/>9, 4, 1.</i>                                       | <i>Lib. 2, D., 5,<br/>1, 8 (?)</i> .                                                 | <i>Lib. 2, D., 50,<br/>17, 111.</i>                                                                                                            | »                                                                                | <i>Lib. 29, D., 2,<br/>11, 8.</i>                                                                        | »                                                                                            |
| »                                       | <i>Dig., 2, D.,<br/>50, 6, 200.</i>                                   | »                                                                                    | <i>Dig., 2, D., 2,<br/>10, 3.</i>                                                                                                              | »                                                                                | <i>D., 2, 11, 4, 5;<br/>2, 11, 10, 2.</i>                                                                | <i>Dig., 55, D., 2,<br/>11, 13; 35, 1,<br/>24.</i>                                           |
| »                                       | <i>D., 2, 9, 1, 1.</i>                                                | »                                                                                    | »                                                                                                                                              | <i>D., 50, 16, 14 pr.</i>                                                        | <i>D., 2, 11, 2, 4.</i>                                                                                  | <i>D., 2, 11, 9, 1.</i>                                                                      |
| »                                       | »                                                                     | »                                                                                    | »                                                                                                                                              | »                                                                                | »                                                                                                        | »                                                                                            |
| »                                       | <i>D., 2, 9, 1, 1.</i>                                                | »                                                                                    | <i>D., 2, 10, 1.</i>                                                                                                                           | »                                                                                | »                                                                                                        | »                                                                                            |
| »                                       | »                                                                     | »                                                                                    | »                                                                                                                                              | »                                                                                | <i>Quæst. 2, D., 2,<br/>11, 15; 45, 1,<br/>15; 19, 5, 7;<br/>12, 6, 54; 22,<br/>1, 1; 40, 7,<br/>33.</i> | »                                                                                            |
| <i>Lib. 6, D., 6,<br/>1, 6.</i>         | <i>Lib. 6, D., 2,<br/>9, 2; 9, 4,<br/>12.</i>                         | »                                                                                    | <i>Lib. 6, D., 50,<br/>17, 110, 2.<br/>Lib. 6(?) D., 26,<br/>8, 17.<br/>Lib. 6(?) D., 50,<br/>17, 110, 3, 4.<br/>Lib. 6. D., 2,<br/>10, 2.</i> | <i>Lib. 7, D., 50,<br/>16, 14, pr. 48,<br/>6, 9; 50, 16,<br/>14, 1; 4, 1, 5.</i> | <i>Lib. 69, D., 2,<br/>11, 3, 5, 7;<br/>50, 17, 211.</i>                                                 | »                                                                                            |
| »                                       | »                                                                     | »                                                                                    | »                                                                                                                                              | <i>D., 50, 16, 13, 1.</i>                                                        | »                                                                                                        | »                                                                                            |
| »                                       | <i>D., 2, 9, 2, 1.</i>                                                | »                                                                                    | »                                                                                                                                              | »                                                                                | »                                                                                                        | »                                                                                            |
| <i>Lib. 7, D., 50<br/>16, 13 pr.</i>    | <i>Lib. 7. D., 2,<br/>9, 1; 2, 9,<br/>3; 9, 4, 11;<br/>45, 1, 69.</i> | »                                                                                    | <i>Lib. 7. D., 2, 10,<br/>1, pr., 2; 48,<br/>10, 25; 2, 10,<br/>1, 3-6.</i>                                                                    | <i>Lib. 7, D., 50,<br/>16, 13, 1-3.</i>                                          | <i>Lib. 74, D., 2,<br/>11, 2, 4, 2,<br/>15, 2; 27, 3,<br/>16; 50, 7, 15<br/>(14); 44, 2, 5.</i>          | <i>Lib. 77, D., 2,<br/>11, 9; 22, 2,<br/>8; 45, 1, 81;<br/>50, 17, 161;<br/>46, 5, 1, 3.</i> |



## NOTICE BIBLIOGRAPHIQUE

- Accarias.** — *Précis de droit romain*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, 1886-1891.
- Appleton.** — *Des interpolations dans les Pandectes*. Thèse Lyon, 1894.
- Baron.** — *Abhandlungen aus dem römischen Civilprocess*, 3 : *Der Denuntiationsprocess*. Berlin, 1887.
- Bechmann.** — *Der Kauf*. Erlangen, 1876.
- Bekker.** — *Die Aktionen*. Berlin, 1871-1873.
- Bethmann-Hollweg.** — *Der römische Civilprocess*. Bonn, 1864.
- Bruns.** — *Kleinere Schriften*. Weimar, 1882.
- Cuq (Edouard).** — *Les Institutions juridiques des Romains. L'ancien droit*. Paris, 1891.
- Corpus Inscriptionum Latinarum.* — *Inscriptiones Bruttiorum Lucanix... Sardinix latinæ*, 10, 1. Berlin, 1883.
- Daremborg et Saglio.** — *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*. Paris, 1873-1899.
- Darreste (R.).** — *Etude sur les papyrus grecques de Berlin*, *Nouvelle Revue histor.*, 18, 1894, p. 685.
- Dessau.** — *Inscriptiones latinæ selectæ*, 1. Berlin, 1892.
- Eisele.** — *Zur Geschichte der processualen Behandlung der Exceptionen*. Berlin, 1875.
- *Abhandlungen zum römischen Civilprocess*. Freiburg, 1889.
- *Beiträge zum römischen Rechtsgeschichte*. Freiburg et Leipzig, 1896.
- Ermann.** — *Die pompeianischen Wachstafeln*, *Zeitschr. der Sav. Stift.*, 20, Weimar, 1899.
- Esmein.** — *Etude sur les contrats dans le très ancien droit français*. Paris, 1883.
- Gauckler.** — *Etude sur le Vindex*, *Nouvelle Revue histor.*, 13. Paris, 1889, p. 601.
- Girard (P.-F.).** — *Manuel élémentaire de droit romain*, 1<sup>re</sup> éd., Paris, 1897 ; 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1898.
- *Textes de Droit romain*, 1<sup>re</sup> éd., Paris, 1890 ; 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1895.
- *Etude sur la garantie dans la vente*, *Nouvelle Revue histor.*, 6, 1882, p. 180 ; 7, 1883, p. 537.
- *Processgesetze* (Wlassak, *Compte-rendu*), *Nouvelle Revue histor.*, 13, 1889, p. 295.

# NOTICE BIBLIOGRAPHIQUE

- etz.** — *Corpus glossariorum latinorum*, vol. 2, 4 et 5. Leipzig, 1888-1889-1894.
- Godefroy (Jacques).** — *Fontes quatuor juris civilis, opera juridica minora*. Lugdini Batavorum, 1733.
- Gradenwitz.** — *Interpolationen in den Pandekten*. Berlin, 1887.
- *Einführung in die Papyrskunde*. Leipzig, 1900.
- Hartmann.** — *Contumacialverfahren*. Göttingen, 1851.
- Hartmann-Ubbelhode.** — Hartmann (O.-E.). *Der Ordo judiciorum und die Judicia extraordinaria der Römer*, 1<sup>re</sup> part., édit. par Aug. Ubbelhode, Göttingen, 1886.
- Heineccius.** — *Antiquitat. Rom. jur. ill. syntagm.*, III, 21, 3 (Ed. Haubold.).
- Heffter.** — *System des römischen und deutschen Civilprocess*, 2<sup>e</sup> Ausg. Bonn, 1843.
- Hitzig (H.-F.).** — *Injuria : Beiträge zur Geschichte der Injuria in griechischen und römischen Recht*. Munich, 1899.
- Huschke.** — *Ueber das Recht des Nexum und das alte römischen Schuldrecht*. Leipzig, 1846.
- *Das alte römische Jahr und seine Tage*. Breslau, 1869.
- *Studien des römischen Rechts*. Breslau, 1830.
- Ihering.** — *Esprit du Droit romain* (trad. de Meulenaere). Paris, 1886.
- *Geist des römischen Rechts* (4<sup>e</sup> éd.). Leipzig, 1888.
- Jobbé-Duval.** — *Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains*. Paris, 1896.
- Jörs.** — *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*. Berlin, 1888.
- Karlowa (O.).** — *Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprocesses*. Bonn, 1865.
- *Der römische Civilprocess zur Zeit der Legisaktionen*. Bonn, 1872.
- *Römische Rechtsgeschichte*, 2, 1, *Privatrecht*. Leipzig, 1892.
- Keller.** — *De la procédure civile et des actions chez les Romains* (trad. Capmas). Paris, 1870.
- *Der römische Civilprocess und die Aktionen*, 6<sup>e</sup> Ausgabe, von Ad. Wach. Leipzig, 1886.
- *Semestrium ad M. Tullium Ciceronem libri VI*. Turici, 1842-1851.
- Kipp (T.).** — *Die Litidenuntiation als Processeinleitungsform in römischen Civilprocess*. Leipzig, 1887.
- *Die Processeinleitung durch Litidenuntiation*. Halle, 1889.
- Krütger (Paul).** — *Voy. Puchta*.
- Krütger (Hugo).** — *Beiträge zur Lehre der Exceptio doli*. Halle, 1892.

- Kübler (Bernhardt).** — *Der Process des Quinctius und C. Aquilius Gallus*, *Zeitschr. der Sav. Stift.*, 14. Weimar, 1893, p. 54.  
 — *Ueber die Bedeutung von judicium und formula bei Cicero...*, *Zeitschr. der Savig. Stift.*, 16. Weimar, 1895, p. 137.  
 — *Vocabularium jurisprudentiæ Romanæ*, 3<sup>e</sup> fascicule. Berlin, 1899.
- Landuci.** — *Storia del diritto romano*, 2<sup>e</sup> éd. Vérone, 1898.
- Lenel (Otto).** — *Beiträge zur Kunde des Edicts*, *Zeitschr. der Savig. Stift.*, 2. Weimar, 1881, p. 35.  
 — *Das Edictum perpetuum*. Leipzig, 1883.  
 — *Nachträge zum Edictum Perpetuum*, *Zeitschr. der Sav. Stift.*, 28. Weimar, 1899.  
 — *Palingenesia juris civilis*. Lipsiæ, 1888-1889.
- Maria.** — *Le Vindex*. Thèse Paris, 1895.
- Meisterus.** — *Vindex et Vas, Selectorum opusculorum sylloge*. Göttingæ, 1766.
- Mispoulet.** — *Revue de Philologie*. Paris, 1888, p. 1.
- Mitteis.** — *Etudes sur les papyrus grecs de Berlin*. *Hermes*, 30, 33 et 34. Berlin, 1895-1899.  
 — *Corpus papyrorum Raineri*. Vienne, 1895 ; *griech. Texte*, pp. 74 et ss.
- Mommsen (T.).** — *Le droit public romain* (trad. par P.-F. Girard). Paris, 1889-1891.  
 — *Ueber die Lage des prätorischen Tribunals*, *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, 6. Leipzig, 1863, p. 389.  
 — *Das römische Strafrecht*. Leipzig, 1899.
- Muther.** — *Sequestration und Arrest*. Leipzig, 1856.
- Naber.** — *Mnemosyne, Nova Series*, 17. Lipsiæ, 1889, p. 120.
- Pauly.** — *Realencyclopädie*, 2<sup>e</sup> éd., Stuttgart, 1893.
- Puchta.** — *Cursus der Institutionen*, 6<sup>e</sup> Auflage, von A.-F. Rudorff. Leipzig, 1865.  
 — *Institutionen*, 10<sup>e</sup> Auflage, von Paul Krüger. Leipzig, 1893.
- Rudorff.** — *Römische Rechtsgeschichte*. Leipzig, 1857-1859.  
 — *Die Processeröffnung nach dem Edict*, *Zeitschr. für Rechtsgeschichte*, 4. Weimar, 1864, p. 61.  
 — Voy. Puchta.
- Salmasius.** — *De modo usurarum*. Lugd. Batav., 1639.
- Schlayer.** — Voy. *Zeitschrift für Civilrecht und Process, neue Folge*, 9. Giessen, 1851, p. 187.
- Schwegler.** — *Römische Geschichte*. Berlin, 1870-1876.
- Schulin.** — *Geschichte des römischen Rechts*. Stuttgart, 1889.
- Sell.** — *Die Recuperatio der Römer*. Braunschweig, 1837.
- Vanicek (Al.).** — *Griechisch-Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, 2<sup>e</sup> vol. Leipzig, 1877.

- Voigt (M.).** — *Ueber das Vadimonium (Abhandlungen der philologischen Classe der K. Sächs. Gesellschaft der Wissenschaften)*. Leipzig, 1881.
- Voorda (Bav.).** — *De Vadimonio*. Traj. ad Rhen., 1751.
- Wetzell.** — *Der römische Vindicationsprocess*. Leipzig, 1845.
- Wlassak.** — *Römische Processgesetze*. Leipzig, 1888-1891.
- Zenger.** — *Ueber das Vadimonium der Römer*. Landshut, 1826.
- Zimmern.** — *Traité des Actions* (trad. Etienne). Paris, 1843.

Vu :

Le Président de la thèse,  
P. F. GIRARD.

Vu :

Le Doyen,  
GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,  
GRÉARD.

---

## TABLE DES MATIÈRES

---

|                                                                                             | Pages |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| PRÉLIMINAIRES . . . . .                                                                     | 1     |
| PREMIÈRE PARTIE. — Introduction et définitions générales. . . . .                           | 5     |
| DEUXIÈME PARTIE. — Histoire, domaine d'application et portée du <i>vadimonium</i> . . . . . | 25    |
| CHAPITRE I. — <i>Le vadimonium in jure</i> . . . . .                                        | 26    |
| CHAPITRE II. — <i>Le vadimonium dans la procédure criminelle</i> . . . . .                  | 32    |
| CHAPITRE III. — <i>Le vadimonium de place à place</i> . . . . .                             | 41    |
| CHAPITRE IV. — <i>Le vadimonium extrajudiciaire</i> . . . . .                               | 67    |
| CHAPITRE V. — <i>Le vadimonium et le judicium</i> . . . . .                                 | 73    |
| CHAPITRE VI. — <i>Le vadimonium et les obligations civiles</i> . . . . .                    | 91    |
| TROISIÈME PARTIE. — Conditions et formation du contrat . . . . .                            | 99    |
| SECTION I. — Epoque antérieure à l'introduction de la procédure formulaire . . . . .        | 100   |
| SECTION II. — Epoque postérieure à l'introduction de la procédure formulaire . . . . .      | 104   |
| § 1. — Objet de la stipulation . . . . .                                                    | 108   |
| § 2. — Montant du <i>vadimonium</i> . . . . .                                               | 109   |
| § 3. — Les personnes qui doivent le <i>vadimonium</i> . . . . .                             | 116   |
| § 4. — Les différentes formes du <i>vadimonium</i> . . . . .                                | 125   |
| § 5. — En quels termes était conçu le <i>vadimonium</i> . . . . .                           | 138   |
| QUATRIÈME PARTIE. — Effets du <i>vadimonium</i> . . . . .                                   | 141   |
| SECTION I. — Epoque antérieure à l'introduction de la procédure formulaire . . . . .        | 149   |

|                                                                                                                                                                                                     |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| SECTION II. — Epoque postérieure à l'introduction de la<br>procédure formulaire . . . . .                                                                                                           | 154 |
| <i>Actio ex vadimonio</i> . . . . .                                                                                                                                                                 | 155 |
| <i>Missio in bona</i> . . . . .                                                                                                                                                                     | 180 |
| CINQUIÈME PARTIE. — Le <i>vadimonium</i> en droit postclas-<br>sique . . . . .                                                                                                                      | 191 |
| APPENDICE 1. — La <i>litisdenuntiatio</i> et les réformes de Marc-<br>Aurèle. . . . .                                                                                                               | 191 |
| APPENDICE 2. — La <i>cautio judicio sistendi causa facta</i> de Jus-<br>tinien . . . . .                                                                                                            | 196 |
| Index des fragments des commentaires des jurisconsul-<br>tes sur les dispositions de l'Édit perpétuel relatives au<br>vindex et au <i>vadimonium</i> , qui ont été insérés au Di-<br>geste. . . . . | 201 |
| NOTICE BIBLIOGRAPHIQUE . . . . .                                                                                                                                                                    | 205 |







---

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).

---